J. rom. m.
285

Jus. N. 39

BIBLIOTHECAE
ELECTORALIS
MONACENSIS.
Ch. Wink. del.
Söckler sc. 1779.

<36619110330015

<36619110330015

Bayer. Staatsbibliothek

J. rom. m. 285

Die

Theorie der Culpa.

Eine civilistische Abhandlung

von

Egid von Löhr.

Gießen bey Heyer,

1806.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Herrn Hofrath

H u g o

in Göttingen

zum Zeichen meiner Liebe, Dankbarkeit und Verehrung

gewidmet.

Vorrede.

Die Sorgfalt, womit man in neuern Zeiten die Begriffe von dolus und culpa philosophisch zu entwickeln versucht hat, läßt erwarten, daß auch eine Darstellung der Ansicht der Römer gewiß nicht als ein unnützes Unternehmen wird angesehen werden: dies muß um so mehr der Fall seyn, da diese Lehre so sehr dürftig, und von den meisten gedankenlos bearbeitet worden ist. Aus diesem Grunde glaube ich keiner Entschuldigung zu bedürfen, daß ich hier dem Publikum einen Versuch die Grundsätze der Römer vorzüglich in Beziehung auf das Privatrecht zu entwickeln übergebe: desto mehr Nachsicht aber bedarf vielleicht die Ausführung selbst: da es bey so wenigen, und fast durchaus schlechten Vorarbeiten kaum möglich ist, etwas Vollendetes zu liefern; und da ich einige Eigenheiten und Dun-

kelheit des Styls, aller Mühe ohngeachtet, wohl schwerlich ganz werde vermieden haben.

Daß ich in der Lehre von dem ausser Geschäften zugefügten Schaden manches vorgetragen habe, was wohl die meisten unsrer Juristen als nicht praktisch betrachten werden, läßt sich, wie ich glaube, sehr gut vertheidigen; obschon dem Zwecke dieser Abhandlung nach alles das ausgeschlossen ist, was nicht auf das heutige Recht Beziehung hat. Denn theils ist manches nicht ganz so unpraktisch, wie man es behauptet; theils können Sätze, die höchstens durch Gewohnheits-Recht, und also nicht juristisch allgemein aufgehoben sind, in einer juristischen Abhandlung auf keinen Fall übergangen werden; selbst dann nicht, wenn sie von geringerem Einflusse sind, als dies bey den hier vorgetragenen der Fall ist.

Den abgedruckten Stellen liegt der Gebauer'sche Text zum Grunde; und nur einigemal sind Varianten, ohne dies zu bemerken, aus Gebauers Noten aus Versehen aufgenommen worden. Ein ähnliches Versehen ist es, daß die nothwendige Emendation Hottomanns (*obs. VII.* 12.) in der S. 121. Not. 2. abgedruckten Stelle „quadrupedemve pecudem" statt „qua-

„drupedem vel pecudem" zwar befolgt, aber nicht bemerkt worden ist.

Der Druck der Abhandlung ist wegen der Entfernung des Druckortes nicht ganz so correkt ausgefallen, wie ich dies wünschte: so ist z. B. gleich auf der ersten Seite „Allgemeine" statt: „allgemeine" zu lesen: doch glaube ich hier sehr leicht Nachsicht hoffen zu dürfen, wenn mein Versuch nicht ganz mißlungen ist — sollte dies der Fall seyn, so bedarf ohnehin diese Kleinigkeit keiner Entschuldigung.

Noch ehe ich schließe will ich hier einen Beweis der Richtigkeit der von mir gegebenen Erklärung von custodia nachholen, den ich zu spat kennen lernte, um ihn am gehörigen Orte einschalten zu können. Ein Scholiast (1) der Basiliken sucht den scheinbaren Widerspruch (2) des *Fr.* 14.

(1) *Ad Lib.* 60. *tit.* 12. *c.* 14. (*Fr.* 14. §. 6. *D.* 47. 2.)

(2) Die erste Stelle erklärt sich sehr leicht dadurch, daß Sklaven nicht custodirt werden, daß also in dem Falle, wo der Pfandgläubiger schon seine Forderung bey Gelegenheit der ersten actio furti bekommen hat, (*Fr.* 22. *D.* 13. 7. [*de pign. act.*]) er kein Interesse mehr haben kann, daß die Sache nicht gestohlen worden sey: wenn dies ohne seine Schuld geschehen.

§. 6. *D.* 47. 2. (*de furtis*) mit *Fr.* 13. §. 1. *D.* 13. 7. (*de pign.*) zu heben: bey dieser Gelegenheit sagt er von letzterem: „quo dicitur creditorem debere exactam diligentiam, quae „excedat etiam furum casum ut in *Fr.* 52. „§. 3. *D.* 17. 2. (*pro socio*)“ er betrachtet also die Verbindlichkeit zur custodia eben so, wie ich dies im §. 12. gethan habe, als Bedingung der Verbindlichkeit für den durch Diebstahl entstandenen Schaden zu haften. Auch hierdurch widerlegt sich also die Meinung des Le Conte (1) der *exacta diligentia*, und was diesem nach seiner Meinung gleichsteht, *custodia* für etwas geringeres hält, als *diligentia*, weil die Griechen dieses mit *μεγαλη επιμελεια*, jenes mit *μεση επιμελεια* übersetzten: denn selbst die Richtigkeit seiner Behauptung für einige Fälle angenommen, so können diese höchstens beweisen, daß sie zuweilen falsch übersetzten. Daß sie auch die richtige Bedeutung von custodia und diligentia kannten, zeigt diese Stelle, und Theophilus (2).

(1) *Ad L.* 23. *D. de R. J.*

(2) *Ad* §. 3. *Inst.* 3. 24. (*de emt. vend.*)

Erster Abschnitt.

Begriff der Culpa.

§. 1.

Allen Begriffen, die so wohl von dolus, als von culpa aufgestellt werden können, muß das allgemeine zu Grunde liegen, daß es Illegalitäten sind, die beyde bezeichnen. Beyde, die gewiß nicht in dem so scharfen Gegensatze stehen, wie dies gewöhnlich angenommen wird, begreift das Wort culpa als Gattungswort; so daß dies also ebenso, wie adoptio,

cognatio, und in den spätern Zeiten actio die Gattung und eine Art bezeichnet. (1)

Der Beweis dieses, vielleicht etwas paradox scheinenden Satzes ist sehr leicht zu führen; und um desto mehr ist es zu verwundern, daß er in ältern Zeiten so wenig, in neuern gar nicht ist berücksichtigt worden. Schon der Sprachgebrauch der nicht juristischen Classiker (2) hätte uns auf denselben auf-

(1) Gewöhnlich übersieht man diesen Satz ganz, der doch von der entschiedensten Wichtigkeit ist. Mehrere Schriftsteller kennen ihn, doch führen sie höchstens eine Stelle eines Dichters zum Beweise desselben an, und benutzen ihn sehr wenig. Sollte sich hieraus nicht die allgemeine Vergessenheit desselben in neueren Zeiten erklären? Die Schriftsteller, die ihn kennen sind: Del Rio ad L. 23. D. de reg. Jur. cap. I. Rittershusius ad L. c. cap. 5. J. Gothofredus ad L. cit. (oper. min. p. 795.) Prousteau ad L. cit. cap. 3. (bey *Meermann* Tom. III.) D'Avezan *Libr. contract. c.* 26. (bey *Meermann Tom. IV.*)

(2) Aus vielen Beyspielen nur einige: Cicero in Verr. lib. 2. or. 5. c. 17. In hoc genere omnes inesse *culpas istius maximas, avaritiae, majestatis, dementiae, libidinis, crudelitatis.* Diese Stelle beweist vollkommen für den Sprachgebrauch im allgemeinen, da Cicero den Verres gewiß nicht schonen wollte, und ist selbst für den juristischen nicht ohne Bedeutung, da Cicero

merksam machen sollen, da bey diesen culpa bey jeder Gelegenheit in seiner allgemeinen Bedeutung vorkömmt, und es doch gewiß unwahrscheinlich ist, daß die römischen Juristen bey einer Lehre, die so ganz in das gemeine Leben eingreift, den dort entschiede-

selbst Jurist, hier für Sachverständige schrieb.

VARRO *apud Nonium Marcellinum cap.* 2. *Nro.* 289. Siquis patriam, majorem parentem extinguit, *in eo est culpa;* quod facit etiam pro sua parte is, qui se eunuchat, aut haud aliqua liberos producit. — So sagt Tullus, da er die Verrätherey des Metellus ahndet. (LIVIUS I. cap. 28.) *nec ea culpa, quam arguo*, omnium Albonorum est. So ruft Germanicus den Soldaten zu die durch Aufruhr sich allerley Vortheile zu verschaffen gesucht hatten: (TACITUS *Annal.* I. 51.) Hoc illud tempus obliterandae seditionis clamitabat, pergerent, properarent, *culpam in decus vertere.* Mehrere Beyspiele finden sich bey CICERO pro *Rabirio perd. reo c.* I. — pro *Ligario c.* I. — pro *Cluentio c.* 45. — pro *Plancio c.* 21. — *in Verrem* II. 5. c. 51. — pro *Roscio Amer.* c. 16. 20. — in seinen Briefen *ad divers* VI. I. XVI. 10. *ad Attic.* XI. 24. bey TACITUS ann. III 24. u. a. m. Unsre besten Philologen zweifeln hieran auch nicht im geringsten, so nimmt z. B. Forcellini culpa mit reatus und delictum gleichbedeutend, nur glaubt er, dies sey bey den Juristen anders. Ein Irrthum, in den er als Nichtjurist desto leichter fallen konnte, da er ihn mit den meisten Juristen gemein hat.

nen Sprachgebrauch völlig sollten bey Seite gesetzt haben. Außer diesen finden sich aber auch noch viele Stellen, woraus sich meine Meynung direct beweisen läßt.

a.) Diejenige Schadenszufügung, die durch die Lex Aquilia verpönt ist, heißt ganz allgemein damnum culpa datum.

Fr. 15. §. 46. *D.* 47. 10. (*de injuriis*).

Si quis servo verberato injuriarum egerit, deinde postea damni injuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio pertineret ad damnum *culpa* datum, altera ad contumeliam.

Fr. 5. §. 1. *D.* 9. 2. (*ad Legem Aquiliam*).

Injuriam autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriam actionem contumeliam quandam, *sed quod non jure factum est, hoc est contra*

jus, id est, si culpa quis occiderit..... Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit (1).

In beyden Stellen bezeichnet Ulpian so bestimmt als möglich, das, was wir dolus nennen, mit dem Namen culpa. In der ersten soll die actio ex lege Cornelia de injuriis mit der ex lege Aquilia concurriren, und um jene zu begründen, ist doch gewiß animus injuriandi nöthig: in der letzten kömmt er bey Gelegenheit desselben Falls auf die Erörterung der verschiedenen Bedeutung von injuria und hier begnügt er sich nicht zu sagen, daß jede widerrechtliche,

(1) Ganz gleichlautend ist hiermit Collat. L. L. Mos. et Rom. tit. 7. § 3. in fine, welche jedoch nur bis zu igitur geht; Schulting weiß sich hier nicht anders zu helfen, als daß er das: Si culpa durch "etiamsi culpa" interpretirt: non enim, sagt er, injuria solam complectitur culpam, sed et dolum. Eine Erklärung, die doch wohl seiner ganz unwürdig ist. Merkwürdig ist, daß er es in den Noten zu den Collat *tit.* 1. §. 11. selbst mit peccatum gleich bedeutend nimmt.

d. i. culpose Handlung die Verbindlichkeit zum Schadensersatz begründe, sondern er hält noch eine besondere Erwähnung dessen, was wir culpos nennen, für nöthig, und ist also weit entfernt, nur dieses mit dem Worte culpa zu bezeichnen. Was könnte sonst etiam ab eo, qui nocere noluit, heisen?

b.) Wenn möglich noch bestimmter reden

C. 2. Cod. Theod. 9. 3. (de custodia reorum).

Si quis *in ea culpa* vel crimine fuerit deprehensus, quod dignum claustris carceris et custodiae squallore videtur.....

C. 11. §. 1. C. 5. 17. (de repudiis). (1)

(1) Boethius *ad topic. Cicer. Lib. 2.: Paulus Inst. Lib. 2. tit. de dotibus* ita disserit: Si divortium est matrimonii, et hoc *sine culpa* mulieris factum est, dos integra repetetur, quod si *culpa* mulieris factum est divortium, in singulos liberos sexta pars dotis à marito retinetur.

Si quis autem eam, quam sine dote uxorem acceperat, à conjugio suo repellere voluerit; non aliter ei hoc facere liceat, *nisi talis culpa intercesserit, quae nostris legibus condemnatur*, si vero sine culpa eam rejecerit, vel ipse *talem culpam* contra innocentem mulierem commiserit, compellatur .....

C. 11. *C.* 7. 32. (*de acquir. vel amittenda possess.*)

Vitia possessionum à majoribus contracta perdurant, et successorem *auctoris sui culpa* comitatur.

In der ersten Stelle wird es mit crimen gleich bedeutend gebraucht, in der zweyten von den Vergehungen, welche bey der Scheidung berücksichtigt werden müssen, in der dritten in Beziehung auf die vitia possessionis: lauter Fälle, wo von culpa nach der Bedeutung, die ihm unsere juristische Schriftsteller beylegen, gar keine Rede seyn kann.

c.) Zur Unterstützung dieser Behauptung gehören hieher noch alle die Stellen, in welchen von Verbindlichkeit der Prästation der culpa überhaupt die Rede ist. Viel natürlicher ist es doch auf alle Fälle, diese durch den von mir aufgestellten Satz zu erklären, als zu einem, wenn auch noch so richtigen Schluß à minori ad majus seine Zuflucht zu nehmen.

§. 2.

Culpa begreift also alle Illegalitäten und entspricht nicht allein dem Begriffe, den die Neuern durch Delict bezeichnen (d. i. sowohl den eigentlichen Delicten, wo durch culpa eine obligatio entsteht, als jedem andern Verbrechen) sondern bezieht sich auch auf die Fälle, wo gegen eine bestehende Obligatio gehandelt worden. (1)

(1) Da nur da, wo illegal gehandelt worden, culpa vorhanden ist, so folgt, daß die Ausdrücke: nur für grosse oder kleine culpa haften, eben so uneigentlich sind, als der: praestare culpam. Denn bey dem, der nur für jene haftet, ist auch nur jene illegal, also auch nur jene, wenn

Hieraus bestimmt sich die Stelle dieser Lehre im Systeme sehr genau. Alle die Grundsätze, die zur Bestimmung des Begriffs gehören, müssen in dem allgemeinen Theile vorgetragen werden, da sie sich besonders auf zwey so sehr getrennte Theile des Systems, als das Obligation- und Criminalrecht sind, beziehen. Die übrigen Sätze müssen bey der Darstellung jedes dieser Theile eingetragen werden, und zwar, je nachdem sie allgemeine Grundsätze, oder nur die Anwendung derselben enthalten, bey jenen oder bey der Darstellung der einzelnen Lehren selbst.

§. 3.

Die Größe dieser culpa kann von sehr verschiedener Art seyn, und die Bestimmung, in wie fern unsere Gesetze diese Verschiedenheit anerkennen, ist von der grösten Wichtigkeit. Allein so wichtig sie ist, so schwer

ich so sagen darf, culpos (ich werde mich in der Folge öfter dieses aus einem barbarischen Latein entstandenen Wortes bedienen, da es oft schwer seyn würde, sich ohne dasselbe im Teutschen kurz und ungezwungen auszudrücken.)

ist sie auch. — Allgemein anerkannt ist es, daß hier der Umstand, ob jemand wissentlich und also mit Willen die widerrechtliche Folge hervorgebracht habe, oder nicht, von dem entschiedensten Einfluß sey: ja es gehen die meisten so weit, daß sie dieses durch den Gegensatz von dolus und culpa auf eine Art bezeichnen, wie die Alten, wenn sie genau redeten, nie. Aber vielleicht eben dieser Einstimmigkeit wegen ist die Frage, was man dann unter Wissenschaft verstehe, so viel ich weiß, noch nie gehörig erörtert worden: eine Frage, die richtig beantwortet, wohl manchen Irrthum verhindert haben würde.

Wissenschaft ist auf doppelte Art möglich 1.) Wissenschaft der Existenz des Gesetzes, das man übertritt, 2.) Wissenschaft der gesetzwidrigen Folgen einer Handlung. Können nun beyde diesen wichtigen Einfluß haben, oder welche?

Ich glaube nicht, daß von der ersten hier die Frage seyn kann, denn sie ist in der Regel rechtlich vorhanden, und nur bey gewissen Personen tritt eine Ausnahme ein: sie kann also als wissenschaftliche, als allgemeine Grenze nicht gedacht werden, und nur

dann in Betracht kommen, wenn bey diesen der Grad von culpa bestimmt werden soll. (1)

Ganz anders ist es mit dieser; diese kann in jedem Fall vorhanden seyn, und auch nicht: sie allein kann also auch nur als allgemeiner Maasstab angenommen werden.

§. 4.

Hier entsteht natürlich die Frage, welche Verschiedenheiten diese Wissenschaft, und Nicht-Wissenschaft hervorbringe, und wie die Römer diese bezeichneten? Im Allgemeinen läßt sich hier, wie ich glaube,

(1) COLLAT. L. L. MOS. ET ROM. tit. 1. §. 12. Nonnunquam per ignorantiam delinquentibus jure civili venia tribui solet, *si modo rem facti quis, non juris ignoret, quae scilicet* consilio (vom Gerichte) *delinquentibus praestari non solent.* *Propter quod necessarium est addita distinctione considerare, utrum sciente, an ignorante aliquo quid gestum proponatur.* Fr. 29. §. 1. D. 17. 1. (*Mandat.*) fr. 29. D. 22. 6. (*de jur. et faet. ign.*) vergl. mit fr. 38. §. 2. D. 48. 5. (*ad L. Jul. de adult.*) fr. 15. pr. D. 48. 10. (*ad L. Corn. de fals.*)

nur das sagen, daß jene eine größere (culpa lata) diese eine geringere Schuld bewürke [culpa (levis)]. Um das Verhältniß dieser unter sich, und zum dolus genauer aufzufinden, wird es nöthig seyn eine gedoppelte Untersuchung anzustellen. Zuerst muß die Frage aufgeworfen werden, welchen Begriff verbanden die Alten mit dolus im eigentlichen Sinne des Wortes, und in welchem Verhältnis stand dieser zur culpa lata? Nach Beantwortung dieser wird es leicht seyn zu bestimmen, was culpa (levis) sey und ob es eine levissima gebe (§. 5 — 8.). Zweytens ist zu untersuchen, wie der Unterschied, der nothwendig daraus entsteht, ob durch Handlung oder Unterlassung eine culpa begangen, bezeichnet wird. Hieraus wird sich noch eine andere Beziehung von dolus und culpa lata und die engste Bedeutung der Worte, culpa, diligentia, custodia ergeben (§. 9 — 12.)

§. 5.

Ich wende mich zur Untersuchung der ersten Hauptfrage. Diese kann nicht anders als durch Interpretation der Quellen angestellt werden.

Hier wird es nöthig seyn eine kurze Uebersicht der Resultate vorausgehn zu lassen, deren Beweis geführt werden soll, um hierdurch den Gang der Untersuchung zu erleichtern.

Wissenschaft der illegalen Folgen bildet die Grenze zwischen culpa lata und culpa (levis) in der eigentlichen Bedeutung. Es ist nicht nöthig, daß die Existenz jener bestimmt erwiesen werde, ja in den meisten Fällen wäre dies nicht möglich. Aber eben so wenig darf sie ganz dem Ermessen des Richters anheimgestellt seyn, wenn nicht die Gesetze diesem völlige Willkühr lassen wollen. Beydes vermieden die Römer, indem sie zwey Gründe der Vermuthung neben dem Beweise der Wissenschaft aufstellen. Der erste ist, wenn der Culpose aus Neigung (1), oder Leidenschaft gehandelt hat. — So wird selbst das geringste Versehen, aus Freundschaft, aus Gewinnsucht begangen, zur culpa lata gerechnet: d. i. die Gewißheit,

(1) Hierzu kann natürlich Gemächlichkeit nicht gerechnet werden, da sonst wohl alle culpa zur culpa lata werden muste. Die wichtigsten hierhergehörigen Fälle werden sich deßwegen ausser der Gewinnsucht auf Freundschaft, Feindschaft und Mitleiden beschränken.

daß der Culpose Vortheil gezogen habe, begründet die nothwendige Vermuthung, daß er diesen bezweckte u. s. w. — Der zweyte Grund ist, wenn er nachlässiger handelt, als er in dem seinigen zu handeln pflegt. — Die culpa lata kann nach dem ersten Grunde der Vermuthung auf verschiedene Arten begangen werden: ist der Grund Gewinnsucht, so wird sie dolus im eigentlichen Sinne genannt; im weitern Sinne bezeichnet dolus jede culpa lata. — Dies sind die Sätze, deren Beweis ich zu führen habe.

§. 6.

A. Aus Neigung, (Freundschaft, Feindschaft, Mitleiden) begangene Illegalitäten begründen *culpa lata*, Gewinnsucht den *dolus*.

Um diesen Beweis zu führen, wird es nöthig seyn die engste Bedeutung des Wortes dolus aufzusuchen. Nach dem von den Alten aufgestellten Begriff besteht der Charakter desselben in der bestimmten Absicht zu hinterge-

hen ([1]). Um diese annehmen zu können, muß nothwendig mehr, als Wissenschaft vorausgesetzt werden, denn von dieser gilt noch kein sicherer Schluß auf jene. Wie leicht können nicht andere Ursachen, wie leicht nicht Neigung oder Leidenschaft den Grund einer Handlung enthalten, welche der Handelnde vorzunehmen sich nicht berechtigt hielt; und diese haben doch in der Regel nur ihre Befriedigung, nicht die bestimmte Absicht zu hintergehen zum Gegenstande. Nur dann, wenn der Culpose aus dem, wissentlich von ihm verursachten Schaden Vortheil zieht, kann angenommen werden, daß er diesen bezweckte, weil hier die Befriedigung seiner Leidenschaft, der Gewinn-

(1) *Fr.* 1. §. 2. *D.* 4. 3. *de dolo* (Ulpian lib. 11. ad Edictum.) Ipse [Labeo] sic definiit: dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem *ad circumveniendum*, *fallendum*, *decipiendum* alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. In neuern Zeiten betrachtet man häufig diesen dolus allein in Beziehung auf die actio de dolo, und nimmt ihn als ganz verschieden von dem in andern Verhältnißen vorkommenden an: viel natürlicher ist es wohl überall denselben Begriff mit diesem Worte zu verbinden, und die weitere Ausdehnung desselben durch die Gleichstellung des dolus, und der culpa lata zu erklären. S. u.

sucht, und der verursachte Schaden in der genausten Verbindung stehen.

Diese aus dem Begriffe gezogene Folgen erkennen noch andere Stellen sehr bestimmt an, welche theils wissentlich begangene Illegalitäten zur culpa lata rechnen, theils diesen den einzigen Fall, wo der Fehlende Vortheil zieht, als dolus entgegensetzen. Wie natürlich dies mit der allgemeinern Bedeutung von culpa zusammenhängt, bedarf kaum einer Erwähnung.

Ich kenne hauptsächlich drey Fälle, die hierher gerechnet zu werden verdienen.

a. Der Bürge, der, wenn er belangt wird, dem Kläger nicht die Exzeptionen entgegensetzt, die er wußte, daß sie ihm der Schuldner hätte opponiren können, macht sich der culpa lata schuldig, und kann deßwegen von diesem keine Entschädigung fordern.

Fr. 29. *pr. D.* 17. 1. (*Mandati.*)

Fidejussor . . . si quidem *sciens* praetermiserit exceptionem doli, vel non numeratae pecuniae, *videtur dolo versari; dissoluta enim negligentia prope dolum est* (1).

Sehr deutlich zeigt wohl diese Stelle, daß Wissenschaft nicht der Charakter des dolus seyn kann: denn ich glaube nicht, daß ich den einzigen Einwurf, der zur Noth hier noch möglich wäre, zu fürchten habe; ich meine den, daß sich hier der Bürge im Grunde selbst schade, und daß deßwegen seine wissentliche Unterlassung nicht zum dolus gerechnet werde; da dies im

(1) Als Gegensatz sey es mir erlaubt einen andern Fall anzuführen, der, wenn er auch nicht der einzige seyn sollte, was er doch ist, doch auf alle Fälle zum dolus gerechnet werden muß. *Fr.* 8. *D.* 4 3. (*de dolo.*) Quod *si cum scires* eum facultatibus labi, tui lucri gratia affirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, *cum mei decipiendi causa* alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est. Hier finden wir eine Handlung ganz so charakterisirt, wie es der von dolus aufgestellte Begriff erfordert; der Umstand, der dies begründet ist, daß der Culpose Vortheil zieht.

Civil-Rechte bey jeder widerrechtlichen Handlung der Fall ist.

b.) Der Mandatar, der bestochen gegen seine Pflicht handelt, macht sich eines dolus, der es aus Freundschaft thut, nur der culpa lata schuldig.

Fr. 8. §. 10. *D.* 17. 1. (*Mandati*).

Si *dolo* emere neglexisti, (forte *enim pecunia accepta* alii cessisti, ut emerit) aut *si lata culpa*, (forte *si gratia ductus* passus es alium emere) teneberis.

In diesem Fragmente wird nicht allein eine wissentlich, sondern auch eine aus Neigung begangene Illegalität als culpa lata betrachtet, und dieser eine aus Gewinnsucht begangene als dolus entgegen gesetzt, weil in jenem Fall nur Bezeugung der Freundschaft, nicht Betrug, in diesem Befriedigung der Gewinnsucht Zweck war, der nur durch Hinter-

gebung des mandans erreicht werden konnte. Der Begriff von dolus wird also durch diesen Gegensatz schon viel enger, als er es noch in dem vorigen Falle gewesen war.

c.) Derjenige, der den ihm übergebenen Sklaven oder Verbrecher aus Mitleid laufen läßt, macht sich der culpa lata schuldig.

Fr. 7. *pr.* D. 16. 3 (*depositi*).

Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum, vel ad malam mansionem extensum sequester solverit *misericordia* ductus, *dolo proximum* esse, quod factum est, arbitror: *quia*, *cum sciret*, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, *cum posset non suscipere talem causam quam decipere* (1).

(1) Merkwürdig ist dieser Ausdruck verglichen mit dem in fr. 8. D. 4. 3. cit. In dieser wird von einem Fall gesprochen, wo der illegal Handelnde Vortheil zieht

Fr. 14. §. 2. D. 48. 3. (de custodia et exh. reor.)

Si miseratione custodiam (den Verbrecher) quis miserit, militiam mutat: *fraudulenter* autem si fuerit versatus in dimittenda custodia, vel capite punitur, vel in extremum gradum militiae datur.

Noch mehr dehnt sich hier der Begriff von culpa lata aus: — findet sich nun eine Stelle, die dem Mitleid, und hierdurch, wie ich nach dem bisherigen annehmen zu können glaube, jeder culpa lata, den Fall allein entgegensetzt, wo der Culpose Vortheil aus seiner Handlung zieht, so glaube ich mit Gewißheit annehmen zu können, daß in diesem Falle auch nur allein dolus vorhanden ist.

„*mei decipiendi causa* alium laudasti." der Betrug wird also als Zweck angenommen: hier wo die Befreyung von Qual, Zweck, der Betrug nur nothwendige Folge ist, druckt sich der Jurist viel gelinder aus.

Der Beweis also der Richtigkeit der von mir aus dem Begriffe abgeleiteten Folgen wäre dann völlig geführt. — Ich glaube diese Stelle in dem *Fr*. 7. §. 7. *D*. 4. 3. gefunden zu haben.

Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum, ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? Et ait Quintus apud eum notans; *si non misericordia ductus fecisti, furti teneris; si misericordia, in factum actionem dari debere.*

Quintus beantwortet die hier aufgeworfene Frage verneinend, weil auf jeden Fall schon ohnehin eine Klage statt habe: denn entweder hat der Culpose aus Mitleid, d. i. allgemein culpa lata gehandelt, oder nicht, — also dolos: im erstern Fall hat schon die der actio Legis Aquiliae analog nachgebildete actio in factum statt [1], in diesem die actio furti.

(1) §. 16. *J*. 4. 3. (*ad L. Aquil.*) *fr*. 11. *D*. 19. 5. (*Praes. Verb.*) s. u. §. 14.

Diese setzt nothwendig voraus, daß ein furtum vorhanden sey, d. i., daß aus der begangenen Illegalität Vortheil gezogen worden ([1]): Nun ist es aber dolus, der sie begründen soll ([2]), folglich muß nur dann dolus in seiner engsten Bedeutung vorhanden seyn, wenn der widerrechtlich handelnde aus seiner Illegalität Vortheil gezogen hat ([3]).

(1) *Fr.* 1. §. 3. D. 47. 2. (*de furtis*) *furtum est contrectatio* (*rei*) *fraudulosa lucri faciendi gratia*, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve. *Fr.* 41. §. 1. *D.* 9. 2. (*ad L. Aquil.*) Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo *furti non teneatur*, *sed tantum damni injuriae*, ut puta, *si non animo furti faciendi*, *sed tantum damni dandi* delevit, nam furti non tenebitur: *cum facto enim etiam animum furis furtum exigit*. *Fr.* 53 *pr. D.* 47. 2. (*de furtis.*) Qui injuriae causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti: *nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit*. *Fr.* 14. §. 8. *fr.* 39. *fr.* 54. §. 1. *D. eod.*

(2) Ganz nach dieser Ansicht definirt Paulus (*Recept. sent. II.* 31. §. 1.) einen fur. — *fur est*, sagt er, *qui dolo* rem alienam contrectat. Jede dolose Handlung, und das furtum, entsprechen sich also wechselseitig. *Fr.* 14. §. 3. 4. *D.* 47. 2. (*de furtis*) *fr.* 1. §. 25. *D.* 16. 3. (*depositi.*)

(3) Ganz gleich mit diesem steht es, wenn man ei-

Dolus also, und culpa lata sind nicht sowohl dem Grade nach verschieden; sondern jener macht eine species dieser aus, in so ferne sie aus dem ersten Vermuthungsgrunde entsteht.

Ich habe bisher bewiesen, daß aus Neigung oder Leidenschaft wissentlich begangene Illegalitäten culpa lata begründen; es bleibt also noch die Frage zu erörtern, ob die Gewißheit jener, oder die der Befriedigung derselben, auch die vermuthete Wissenschaft zur nothwendigen Folge habe?

Diese Frage muß nach dem ganzen Verhältnisse dieser Lehre, und den Spuren, die wir hierüber bey den Alten finden, wohl ohne Zweifel bejahend beantwortet werden. So hat schon darum gegen denjenigen, der um Rath gefragt die Solvenz eines leihenwollenden bezeugte, die actio doli statt, weil er mittelbar dadurch, daß diesem etwas geliehen wurde, Vortheil zog; da

nem andern Vortheil zuwendet. Species enim lucri est ex alieno largiri. *Fr.* 54. §. 1. *D.* 47. 2. (*de furtis.*)

dies doch sonst nicht der Fall gewesen seyn würde, so lange seine Absicht zu hintergehen nicht ausser allem Zweifel ist (1).

Eine ähnliche Spur findet sich in einem Rescripte der Kaiser Sever und Antonin (2).

Heredes tutorum ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, *neque ex damno pupilli lucrum captatum*, *aut gratia praestitum sit*.

Der Sinn dieser Constitution kann kein anderer seyn, als dieser: die Erben des Tutor sind nur in soweit verhaftet, als ihr Erblasser wissentlich (culpa lata) gegen seine Pflicht gehandelt hat. Nur zwey Ausnahmen giebt es von dieser Regel. 1.) Wenn der Prozeß mit diesem schon angefangen, und 2.) wenn die Vermuthung

(1) Fr. 47. D. 50. 17. (*de R. J.*) fr. 7 § 10. fr. 8. D. 4. 3. (*de dolo.*)

(2) C. 1. C. 5. 54. [*de hered. tut. vel curat.*]

eintritt, daß er wissentlich gefehlt habe, d. i. wenn er selbst Vortheil davon gezogen, oder aus Freundschaft diesen einem andern zukommen lassen [1].

Daß die zweyte Ausnahme keinen andern, als den von mir angegebenen Sinn haben könne, ergiebt sich daraus, daß, wenn nicht Unterlassungen gemeint wären, die sonst entweder gar nicht culpos sind, oder sich doch wenigstens nicht zur culpa lata qualifiziren, diese Stelle mit sich in Widerspruch stehen würde. Dagegen finden wir aber sehr viele andere Stellen, wo nur dann gegen den Erben eine Klage gestattet wird, wenn der Prozeß angefangen, oder der Erblasser dolos gehandelt hat [2], nothwendig muß also auch dieser Zusatz zu einer von beyden Arten gehören —

(1) Warum hier nicht von dem andern Vermuthungsgrunde die Rede ist, wird unten deutlich werden.

(2) *Fr.* 4. *D.* 27. 8. *de mag. conv.* Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur, nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur: Nam Magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est.

zu welcher nun, giebt wohl die Sache selbst. Daß die Kaiser diese Handlungen den culpa lata begangenen entgegen setzen, ändert die Sache nicht: im Gegentheile zeigt die ganze Stelle, daß nicht Trennung der Begriffe, sondern nur genauere Bestimmung Absicht war. — Eben so wenig schadet es der Allgemeinheit dieses Grundsatzes, daß hier nur vom Vortheil ziehen die Rede ist: denn das Verhältniß ist in allen übrigen Fällen nicht allein dasselbe, sondern es muß auf sie ein desto festerer Schluß gelten, da dies, wenn ich mich so ausdrucken darf, einen höhern Grad der culpa lata ausmacht. Zudem ist die angeführte Stelle ein Rescript.

Hieraus erklärt sich auch, warum der Tutor mit der actio tutelae belangt werden kann, wenn er in dem Falle, wo er nur sein, oder des Pupillen Geld sicher ausleihen konnte, das seinige vorzog, obschon er nur zur culpa lata in non faciendo verbunden ist (1) d. i. bey ihm nur

(1) *Fr.* 7. §. 2. *D.* 26. 7. (*de adm. et per. tut.*) competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint:

die Unterlassung als widerrechtlich behandelt wird, die wahre, oder vermuthete Wissenschaft der Illegalität des *factum* enthält. Er zieht nämlich in diesem Falle seinen Vortheil dem des Pupillen vor, er zieht also Vortheil aus der Unterlassung einer Handlung, zu deren Vornahme er verbunden war: es wird also angenommen, daß er wissentlich gegen seine Pflicht gehandelt habe (1).

Aus eben diesem Grunde erklären die Gesetze den Commodatar, der in Gefahr seine Sachen den fremden vorzieht, schuldig, den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen (2). Dies kann nicht,

h. e. si praedia comparaverint non idonea *per sordes*, *aut gratiam*, Quid ergo, *si neque sordide*, *neque gratiose*, sed non bonam conditionem elegerint? Recte quis dixerit *solam latam negligentiam* eos praestare in hac parte debere. (s. u. §. 10. 11.)

(1) *Fr.* 13. §. 1. *D.* 26. 7. (*de adm. et per. tut.*) Non est audiendus tutor, cum dicat ideo cessasse pupillarem pecuniam, quod idonea nomina non inveniret, *si arguatur eo tempore suam pecuniam bene collocasse.* Ganz nach diesem Grundsatze entscheidet auch der Pabst bey dem depositum. C. 2. X. de depos.

(2) *Fr.* 5. §. 4. *D.* 13. 6. (*Commodati*). Quod vero

wie Doneau glaubt, eine Ausnahme seyn, die nur hier eintritt. Das Gegentheil zeigt das eben angeführte Beyspiel, und die Art, wie Ulpian und Paulus diesen Satz vortragen. So kurz erwähnt man wohl eines Satzes, der Folge einer allgemeinen Regel ist, aber nicht einer so exorbitanten Ausnahme, wie derselbe nach Doneaus Meinung enthalten würde.

senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, *aut quid simile* accidit, dicendum est, *nihil eorum* esse imputandum ei, qui commodatum accepit, *nisi aliqua culpa* interveniat: *proinde* et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, *nisi forte cum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit.* Fast dieselben Worte braucht Paulus *recept. sent. II.* 4. §. 2. Eine sonderbare Meinung Godefroi's ist es, daß er dies durch das *fr.* 14. *D.* 19. 5. (*P. V.*) aufgehoben glaubt. Der Inhalt dieses Fragments ist kein anderer, als daß der, der bey Gefahr eines Schiffbruchs fremde Waaren in das Wasser wirft, nicht weiter gehalten sey, als dies durch die Lex Rhodia bestimmt ist. Noch sonderbarer ist die derjenigen, die einen Unterschied machen, ob die Commodirte, oder die eignen Sachen kostbarer seyen. So gerne ich zugebe, daß dieß in politischer Rücksicht in Betracht kommen könne, so sehe ich noch nicht ein, was für eine rechtliche Verschiedenheit hieraus entsteht. — Am consequentesten sind noch die, welche diese Verbindlichkeit ganz allgemein läugnen.

Kaum bedarf wohl nach dem bisherigen die Frage, ob dolus in engerer Bedeutung des Wortes, und diese culpa lata fast ganz, ob auch in criminalistischer Hinsicht sich gleich stehen, einer Erörterung. Wohl jeder wird mir die fast völlig gleiche Behandlung einräumen, da man ja ohnehin gewöhnlich beyde unter dem Namen dolus begreift; und in so ferne ist wohl eine Rechtfertigung Doneaus (1), und Fabers (2) überflüssig, welche beyde im Criminalrecht, so wie im Civilrechte in der Regel als völlig gleich behandeln. Die Richtigkeit dieser Annahme ergiebt sich auch schon daraus, daß sich dolus in seiner engsten Bedeutung fast nur auf das furtum, also gar nicht auf das Criminalrecht bezieht. Deßwegen finden wir auch so ziemlich in allen Gesetzen, die dasselbe betreffen, die Formel: sciens, dolo malo, die ebenso auf den Unterschied zwischen dolus und culpa lata, als auf ihre völlige Gleichstellung hinweißt.

(1) Comment. jur. civ. lib. 16. c. 7.

(2) De erroribus pragmat. Dec. 76. er. 3. Schulting glaubt im Criminal-Rechte stünden zwar beyde gleich, doch nur insoferne, als von Geldstrafen die Rede sey.

Daher kommt es denn auch, daß dolus, dolus malus sehr oft mit culpa lata synonim gebraucht werden, daß nicht sehr häufig dieser neben jenem Erwähnung geschieht, und dies zwar gewöhnlich nur so dahin geworfen, daß man sieht, es werde etwas gesagt, das sich von selbst verstehe (¹).

§. 7.

B. Nach der bisherigen Darstellung wird wohl jede culpose Handlung, die ihren Ursprung nicht reiner Nachläßigkeit zu danken hat, zu der culpa lata gezählt werden müssen: es bleibt also nun zu untersuchen übrig, inwiefern diese zur culpa lata, und inwiefern sie zur culpa levis gehöre? Hier bildet die Vermuthung die Grenze, ob der Culpose wissentlich nachlässig gewesen ist, oder nicht. Diese tritt ein, wenn er nachlässiger ge-

(1) Z. B. *Fr.* 23. *D.* 50. 17. (*de R. J.*) *fr.* 5. §. 2. *D.* 13. 6. (*commod.*) *fr.* 4. §. 4. *fr.* 5. *D.* 12. 3. (*de in litem jur.*) *fr.* 7. §. 2. *D.* 26. 7. (*de adm. et per. tut.*) *fr.* 7. §. 2. *D.* 14. 4. (*de tribut. act.*) *fr.* 15. §. 1. *D.* 5. 1. (*de judic.*) *fr.* 8. §. 3. *D.* 43. 26. (*de precar.*) *fr.* 1. §. 2. *D.* 47. 4. *fr.* 1. §. 1. *D.* 11. 6. (*si mensor. fals. mod.*)

handelt hat, als er in dem seinigen zu handeln pflegt. Ob die culpa lata aus diesem Vermuthungsgrunde der vorigen gleichgestellt werden könne, war Streit: und Justinian erklärte sich für die bejahende Meinung: nach neuerm Rechte ist es also ganz gleichgültig, ob man von dieser spricht oder von jener. Um den Beweis beyder Sätze richtig zu führen, wird es nothwendig seyn, sie zu verbinden.

Entscheidend ist hier das

Fr. 32. *D.* 16. 3. (*depositi*).

Quod Nerva diceret, latiorem (1) culpam dolum esse, Proculo (2) displi-

Wie Prokulus die Meinung des Nerva, daß die culpa lata aus Nachläßigkeit dem

(1) Daß hier etwas Geringeres, als culpa lata angenommen werde, zeigt die ganze Darstellung. Ungewöhnlich ist es nicht, daß der Comparativ minuendi gratia gebraucht wird. Bartolus und nach ihm Belloni glaubten hier eine culpa zu finden, die grösser wäre, als die lata, hierzu bildete jener noch eine latissima.

(2) Eine Spur dieser Meinung findet sich in §. 9. J. 3. 25. (26.) (de societate) wo freylich etwas inconsequent ein Raisonnement von Gajus der mit Proculus übereinstimmte, abgeschrieben ist: in der Darstellung der einzelnen Fälle wird diese Bemerkung nicht unwichtig seyn. Nur bey Billigung dieser Meinung, die

cebat, mihi verissimum videtur. *Nam etsi quis non* ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, *nisi tamen* ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret, *nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus diligentiam praestabit* — [1].

dolus, d. i. allen andern Arten der culpa lata ganz gleich sey, läugnen kann, sehe ich nicht ein. Denn selbst den kann man nicht von allem Betruge frey sprechen, der, wenn er gleich in seinen Geschäften nachläßiger ist, als er seyn sollte, in fremden doch noch nachläßiger ist, als in den seinigen. Selbst dieser kann ohne Verletzung seiner Pflicht nicht weniger Fleiß auf jene, als auf diese wenden.

aber durch diese Stelle ausdrücklich und in den meisten Fragmenten stillschweigend verworfen wird, könnte mit einigem Schein von 3 Graden der culpa (aber freylich nur in weiter Bedeutung des Worts) ja wenn man es nicht genau nimmt, und nicht die Gattung von den Graden unterscheidet, von 7 — 8 Graden der culpa die Rede seyn. Doch ist dies nur für die Erklärung einiger Stellen nicht für die Resultate selbst von Wichtigkeit. Diese Meinung nimmt J. GOTHOFREDUS *ad L. 23. D. de Reg. Jur.* gewissermaßen an, und betrachtet culpa, nicht aber, wie die Römer negligentia als Gegensatz von diligentia. Hierin liegt größtentheils der Grund, warum seine Bearbeitung mißlingen muste.

(1) Ueber die Erklärung dieses Fragments ist von je-

Das hier vorausgesetzte Faktum ist culpa lata aus Nachlässigkeit, die aufgeworfene Frage, ob diese dem dolus gleichgesetzt werden könne? Ohher viel gestritten worden. Am richtigsten von allen sah wohl HAKEMANN *de culpa* §. 150. minori enim cura rebus alienis adhibita animus laedendi praesumitur: induitur verum delictum, verusque adest dolus (dieses kann freylich nur von dolus im weiten Sinne gelten.) Selbst DONELLUS l. c. und FABER l. c. err. 2 übersahen den Zusammenhang, obschon sie im Ganzen die richtige Erklärung geben. Jenen sezt die Behauptung in Verlegenheit, daß hier wahrer Betrug angenommen werden müsse, und dieser glaubt nur dadurch dieser sonst unerklärbaren Stelle Sinn geben zu können, wenn er das non vor ad eum modum wegstreicht. Das Resultat bleibt zwar hier dasselbe, doch verliert sie viel von ihrer Energie, und es ist doch immer ein gewagtes Unternehmen, auf eine so willkührliche Emendation sein System zu gründen. Einige beschränken diese Regel auf die Prästation der Culpa in Contrakten, wie WAECHTLER de gradu culpae cap. 2. §. 19. andere auf solche, wo Bewahrung bezweckt wird, wie J. GOTHOFREDUS *ad L.* 23. *D. de reg. Jur.* (*oper. min. p.* 799.) auf das depositum wie BACHOV ad Treutl. ad D. 26. BRUNNEMANN ad L. 32. depositi. STRUV decis. sabath. C. 11. D. 34. und bilden hier eine culpa lata in concreto. Andere verwerfen die von mir gegebene Erklärung ganz, und manche von ihnen beschuldigen sogar Celsus wegen dem allgemeinen Zusatz "nec enim„ einer Unrichtigkeit, wie WEHRN *doctrina juris explicatrix principiorum et causarum damni praestandi.* C. IV. §. 8 n. 7. p. 74. und M. G. WERNHER lectiss. Comment. in Dig. ad tit. depos §. 16. Diese und mit ihnen Glück Comment. Thl.

ne Zweifel wird dieses letzte hier in seiner weitern Bedeutung genommen, da es allgemeine Rechtsregel ist, daß jede culpa lata aus dem er-

4. Abhl. 2. §. 322. not. 16. pag. 328. geben folgende Erklärung: „derjenige, der „bey fremden Sachen nicht „einmal den allergeringsten „und untersten Grad des „Fleisses anwendet, macht „sich eines dolus schuldig, „wenn er diese infimam di„ligentiam wenigstens in sei„nen eigenen Sachen ge„wöhnlich anzuwenden pflegt. „Wenn er aber auch auf seine „eigene Sachen nicht die ge„ringste Aufmerksamkeit wen„det, so ist er zwar, wenn „er durch seine Nachläßig„keit die deponirte Sache „verwahrlost, nicht wegen „eines dolus verantwortlich, „aber für die culpa lata muß „er doch haften.“ — Sie nehmen also einen Menschen an, der, wenn er seiner gewöhnlichen Handlungsweise nach handelt, sich schon der culpa lata schuldig macht. Abgesehen davon, daß dies schon der Natur der Sache nach ohnmöglich ist, da nur wahre, oder vermuthete Wissenschaft dieselbe begründen können; so widerspricht sich diese Erklärung selbst. Wenn ich gewöhnlich nur den geringst möglichen Grad von Aufmerksamkeit anwende, so kann man wohl sagen, daß ich, wenn ich auch diesen unterlasse, keine Aufmerksamkeit mehr zeige, aber, nach den von meinen Gegnern angenommenen Grundsätzen, noch nicht, daß ich mich des dolus, oder der culpa lata schuldig gemacht habe. Im Gegentheil, wenn man das, daß ich geringern Fleiß als gewöhnlich angewendet habe, nicht als Vermuthungsgrund für meinen bösen Willen annehmen will, so ist wohl keine Handlung weniger als

sten Grunde der Vermuthung gewöhnlich ganz gleich behandelt wird. Celsus berührt also beyde Sätze, deren Beweis ich zu führen habe. Er sucht, um seine Meinung zu unterstützen, die hier Justinian durch die Aufnahme dieser Stelle zu der seinigen macht, den geringsten Grad dieser culpa lata auf; dieser ist nothwendig da vorhanden, wo die geringste Wahrscheinlichkeit eintritt, daß der Culpose vorsätzlich vernachlässigt habe. Dies ist doch wohl dann der Fall, wenn er gewöhnlich mit wenig Achtsamkeit handelt, itzt aber doch noch nachlässiger ist, wie gewöhnlich: denn bey einem ordentlichen, mit Ueberlegung handelnden Menschen tritt schon eher und mit mehr Recht hier diese Vermuthung ein, als bey ihm. Hat er von diesem den Beweis geführt, daß man bey ihm sogar bösen Willen annehmen mußte, so hat er natürlich für alle übrige Grade gewonnen. Dies ist meiner Ueberzeugung nach der einzig richtige Gesichts-

dolos zu betrachten, wie eben diese. Nothwendig nehmen sie also dies als Grund an meinen bösen Willen zu vermuthen: sie nehmen also bey einem geringern Versehen das an, was sie bey einem größern verwerfen.

punkt, woraus diese Stelle gewürdigt werden kann. Diesen hat man bis itzt gänzlich übersehen; und hierin liegt wohl auch der Grund, warum man so viele und sonderbare Erklärungen gegeben hat.

Ueber die Frage, ob durch diese Handlungsweise (1) überhaupt ein höherer Grad der Culpa entstehen könne, kann nicht der geringste Zweifel obgewaltet haben, da der Jurist, ohne hierüber auch nur ein Wort zu verliehren, seinen Beweis ganz bestimmt auf diese Voraussetzung gründet. Zudem finden sich noch viele Stellen, die ohne diese Annahme gar nicht erklärt werden können: die also meine Behauptung nicht undeutlich unterstützen. Besonders gehören alle diejenige hierher, wo von der sogenannten culpa levis in concreto die Rede ist. Aus vielen will ich nur zwey zur Unterstützung meines Satzes anführen (2).

(1) Giffen (antin. jur. disp. 30. ad thes. 9. p 80.) hat die sonderbare Idee daß das, was bey dem depositum zur culpa lata gehöre, bey der Societät culpa levis sey.

(2) Hierher gehört auch *fr.* 44. *D.* 17. 1. (*mandati*) Dolus est, si quis *nolit* persequi, quod persequi potest, *aut si quis non exegerit, quod exigere soluerat.* So liest

a.) *Fr. 3. D. 18. 6. (de periculo et commodo rei venditae).*

Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est: *ut* (so daß er auch) *diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.*

Der Kauf ist ein Geschäft, wo nach jeder Theorie nur culpa levis prästirt wird, und von welchem nach den deutlichsten Bestimmungen nie andere Grundsätze aufgestellt werden können. Hier verlangt Paulus, es solle der Verkäufer grössern Fleis auf die verkaufte Sachen wenden, als er gewöhnlich anwendet. Wollen wir ihm nicht Unsinn, oder eine unauflößbare Dunkelheit vorwerfen, so müssen wir nothwendig annehmen, daß in einigen Geschäften der Fleis, den jemand in dem seinigen gewöhnlich anwendet, von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz befreye, in andern nicht; wir müssen ferner zugeben, daß in

nämlich Püttmann (opuscula p. 74. not. a.) statt solvere; und gewiß nicht mit Unrecht.

diesem Falle die Verbindlichkeit zur Prästation der culpa levis vorhanden sey, in jenem aber nur die zur Leistung der culpa lata. Nothwendige Folge hiervon ist, daß die culpa lata nur dadurch vermieden werde, wenn man so viel Fleis in fremden Sachen anwendet, wie in seinen eignen: daß diese also dadurch entsteht, daß man nachlässiger handelt, als man gewöhnlich zu handeln pflegt.

b.) Auf ähnliche Art spricht das *Fr.* 22. §. 3. *D.* 36. 1. (*ad SCtum Trebellianum*).

.. Si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint, placet non cogi eum reddere, quod non habet, culpae plane reddere rationem; sed ejus, quae dolo proxima est: et ita Neratius lib. 1. resp. scribit *sed et si*, cum distrahere deberet, non fecit, *lata culpa*, *non levi*, *et rebus suis consueta negligentia*, hujusmodi rei rationem reddet....

Der Zusammenhang dieser Stelle ist der: Ulpian führt die Meinung des Neratius an,

der den Fiduciar nur zur Leistung der culpa lata aus dem ersten Grunde der Vermuthung (culpa dolo proxima) verbindlich glaubt: diese berichtigt er hier und in einigen der folgenden Sätze. Hat dieser eine Handlung vornehmen sollen, sagt er, und hat dies unterlassen, so muß man sehen, ob er culpa levi, d. i. nach seiner gewöhnlichen Nachlässigkeit gehandelt hat, oder nicht, — culpa lata. In jenem Fall ist er nicht gehalten, in diesem immer, der Grund der culpa lata sey nun welcher er wolle.

§. 8.

Ich habe durch das bisherige den Begriff der culpa lata und ihre Grenzen fest bestimmt, und kann mich also, um unsre erste Hauptfrage zu erledigen, zur Erörterung der culpa (levis) wenden. Diese kann nur culpa aus Nachlässigkeit enthalten (§. 7.) und dies nur insofern, als der Culpose nicht nachlässiger handelt, als er in dem seinigen zu handeln pflegt. Die Rechtsverletzungen, die hier die Handlungen als culpos charekterisiren, sind gewöhnlich Schadenszufügungen. — Es entstehen hier zwey Fragen:

1.) Ist jede, auch noch so geringe Nachlässigkeit als widerrechtlich anzusehen, wenn nur durch sie Schaden entsteht?

2.) Erkennen unsre Gesetze noch eine weitere Unterabtheilung nach Graden an, oder nicht? (1)

(1) Diese Fragen werden auf sehr verschiedene Weise beantwortet: die meisten bejahen beyde, und nehmen eine Eintheilung in culpa levis, und levissima an: Corrasius bildet hierzu noch eine culpa levior. Nur wenige geben zu, daß keine fernere Grade der culpa mehr statt haben können, weil hierdurch Verwirrung und unauflößliche Widersprüche in die Gesetzgebung gebracht würden. Von diesen glauben einige, die sich noch nicht ganz von den gewöhnlichen Begriffen trennen können, daß die Römer nur einen mittlern Geschäftsfleis gekannt hätten und behaupten nun, je nachdem sie sich consequenter geblieben sind, oder mehr ihrem Gefühle folgen, daß in diesen, und jenen Verhältnissen, nach der Natur der Sache, nicht nach den Gesetzen ein höchster Fleiß geleistet werden müsse. Wehrn (p. 133 fgd.) geht hier seinen eignen Weeg: auch er nimmt an daß die Alten nur mittlern Fleis gefordert hätten; nur in zwey Fällen müsse man eine culpa levissima prästiren, nämlich bey der mora, und wenn dieses ausgemacht worden. Bey der Lex Aquilia könne von dieser strengen Verbindlichkeit keine Rede seyn, obschon das fr. 44. pr. D. 9. 2 sage: In Lege Aquilia et culpa levissima venit. Bald scheint es, als wenn er die culpa levissima mit dem casus verwechsle. Neues wäre dies nun nichts: schon in der Gloße zu *fr.* 1. §. 35. *D.* 16. 3. (*depositi*)

Die erste Frage könnte auch so gestellt werden: erkennen unsere Gesetze einen kleinen Eingriff in die Rechte dritter auch als Eingriff an, oder nicht? Denn jede Handlung, zu deren Vornahme man nicht bestimmt berechtigt, und jede Unterlassung einer Handlung, wozu man verbunden ist, enthält mit Nothwendigkeit einen Eingriff in fremde Rechte, sobald dadurch auf irgend eine Weise Schaden entsteht: die Größe der Nachlässigkeit, welche diese Rechtsverletzung verursachte, muß hier ohne Bedeutung seyn, wo nicht von

herrschen ähnliche Verwirrungen. Der erste, der die richtige Theorie aufstellte, ist Doneau, und ihm folgt Gries (*Diss. de generibus et grad. culpae*) unbedingt. Schulting (Thes. controv. . . .) kömmt leicht über alle Schwürigkeiten weg: er nimmt zwar eine culpa levissima an, doch bedeuten ihm die Worte culpa, culpa et custodia, so wie es ihm gut scheint bald culpa levis, bald levissima. So ziemlich dasselbe läßt sich von Giffen (Giphanii antin. jur.) sagen. Duaren (ad L. 9. D. sol. matr.) erklärt sich so: Hi autem culpae gradus docendi causa sic a nobis distinguntur, cum tamen certissimum sit nulla certa juris definitione eos comprehendi posse, sed judicis arbitrio relinquendos esse potius, qui pro re nata gravitatem, et magnitudinem culpae ex circumstantiis existimabit. Circa hanc culpae divisionem argutantur scholastici doctores, conanturque omnia haec culpae genera exacte definire, verum inanis est, atque inutilis hic labor, cum res aliter atque commode explicari possit, atque intelligi.

dem Grade, sondern von der Existenz der culpa die Frage ist (1). Schon hieraus ergiebt sich die Beantwortung dieser Frage, welche auch die Römer durchgehend als richtig anerkennen.

(1) Beyspiele eines sehr geringen Grades von Nachläßigkeit, welcher als culpos behandelt wird: finden sich viele. Z. B. fr. 27 §. 9. fr. 29 §. 2. 3. 4 D 9. 2. (*ad L. Aq.*) fr. 30. §. 3. fr. 31. D. *eod.* Hierher gehört auch, daß jeder casuell entstandener Schaden, sobald er sich auf eine frühere culpa bezieht, und ohne diese nicht zugefügt worden wäre, als durch culpa verursacht betrachtet wird. *fr.* 1. §. 4. *D.* 44. 7. (*d. O. et. A.*) *Sed et in majoribus casibus, si culpa ejus intervenerit, tenetur.* Sehr bestimmt wird dieses durch *fr.* 18. *pr. D.* 13. 6. (commod.) ausgedrückt. ...Ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit: veluti mortes servorum, quae sine dolo, et culpa ejus accidunt, latronum, hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent (fr. 5. §. 5. D. 13. 6.) Quod autem de latronibus, et piratis, et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin, si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum, et latronum, et naufragii (d. i. den mittelbar durch seine unrechtliche Handlung verursachten Schaden) casum praestare debet. Die ältern Juristen erkennen diese Ansicht unbedingt als richtig an; erst in neuern Zeiten hat man durch Erfindung einer den Römern unbekannten Terminologie (casus mixtus) sich nach und nach den wahren Gesichtspunkt verrückt.

Die zweyte Frage ist unbedingt zu verneinen. Ein Grund hierfür ist, daß die Ausdrücke culpa levis und levissima nicht technisch von den Römern gebraucht worden sind. Jenes findet sich vier- (1), dieses nur einmal (2) in den Schriften der Alten. Dann kennen sie auch keine Grenze, die beyde trennte; und eine so unumschränkte Willkühr, wie hierdurch der Richter bekommen würde, hat, selbst bey bonae fidei negotiis, in dem schon ausgebildeten Rechtssysteme gewiß nicht mehr statt gehabt.

Der Beweis beyder Sätze beruht auf folgenden Gründen: (3)

I. In Stellen, wo von dem ganzen Complexus der culpa die Rede ist, wird der culpa lata allein culpa, ja culpa levis entgegen gesetzt (4).

(1) Fr. 22. §. 3. D. 36. 1. (ad Sctum Trebell.) fr. 47. §. 5. D. 30. (de Leg. I.) C. 7. C. 5. 51. (arbitrium tutelae) C. 20. C. 2. 19. (*de neg. gest.*)

(2) Fr. 44. D. 9. 2. (*ad L. Aquil.*)

(3) Ueber diese Sätze sind auch DONELLUS l. c. p. 626–28. Thibaut System §. 232. not. 1. (§. 253. not. h.) und GRIES l. c. p. 10—16. zu vergleichen.

(4) Hierher gehört auch fr. 22. §. 3. D. 36. 1. (ad

a.) *C.* 20. *C.* 2. 19. (*de negotiis gestis*).

... Super his, ... quae ultro quis administravit, cum *non tantum dolum*, *et latam culpam*, *sed et levem praestare necesse habeat*, a te conveniri potest.

Hier wird der negotiorum gestor nur zur Leistung der culpa lata und levis verbindlich erklärt; und doch zeigen sehr viele Stellen, daß ihn nur rein casueller Schaden nicht verbindet: (1) nothwendig muß also alle *culpa*

SctumTrebell.) (S. o. S. 38.) dies ist insofern merkwürdig, weil es zu den vier Stellen gehört, wo die culpa levis erwähnt wird.

(1) Ganz entscheidend spricht hier der §. 1. J. 3. 27. (28.) (*de obligat. quae quasi ex contractu*) sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. *Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet; si modo alius diligentior eo, commodius esset administraturus negotia.* Der Zusammenhang dieser auf so vielerley Art mißverstandenen Stelle, ist wohl der: der negotiorum gestor ist verbunden die volleste Aufmerksamkeit auf die Führung

die sich nach Voraussetzung dieses nicht auf Unterlassung eines mittlern Fleisses beschränken kann, unter dem, wenn gleich nicht technischen Ausdrucke culpa levis begriffen seyn können. —

b.) Hierher gehört ferner das

Fr. 5. §. 2. *D.* 13. 6. (*Commodati*).

. . . In contractibus interdum *dolum solum*, interdum *et culpam* praestamus. *Dolum* in deposito: nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus . . . sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in

des fremden Geschäfts zu verwenden: thut er dieß nicht, so muß er den hieraus entstandenen Schaden ersetzen. Es genügt also nicht, wenn er die culpa lata vermeidet; es müste dann dieses schon alle mögliche nicht casuelle Verletzung ausschliessen: d. i. er müste in dem Seinigen ein so aufmerksamer Mann seyn, daß, wenn er nur seine gewöhnliche Aufmerksamkeit anwendet, kein anderer die Sache hätte beßer besorgen können, als er würklich gethan hat. *C.* 24. *C.* 4. 32. (de usuris) si mater tua . . . negotia, quae ad te pertinent gesserit, cum *omnem diligentiam* praestare debeat. . . . . S. u.

societate, *et dolus*, *et culpa* praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur: et ideo verior est Quinti Mutii sententia existimantis: *et culpam praestandam*, *et diligentiam.*

Ich führe dies Fragment mit deßwegen auch zu dem Beweise meines Satzes an, weil es vielleicht das einzige ist, worauf man mit einigem Schein eine culpa levissima gründen könnte: eine kurze Exegese wird zeigen, wie wenig auch dieses taugt, die hier entstandene Tradition zu unterstützen.

Dem dolus, das ist hier jeder culpa lata, wie dies die Anwendung auf das depositum zeigt, wird hier nur culpa (levis) entgegen gesetzt; und zwar so, daß es alle culpa schon in ihre Grade getheilt enthalten muß, d. i., daß keine weitere Unterabtheilung mehr möglich ist. Beydes folgt daraus, daß überhaupt die Frage erörtert wird, welche culpa bey Verträgen geleistet werde? Das erstere er-

hellt aber noch ganz besonders aus der Anwendung dieser culpa auf Geschäfte, bey welchen nach jeder Theorie nur das, was man gewöhnlich culpa levis nennt, geleistet werden kann, wenn diese von einer levissima verschieden seyn soll. Den einzigen Zweifel, der gegen diese Erklärung gemacht werden könnte, kann der Zusatz: commodatum autem etc. erregen: wenn ich diesen erklärt, oder doch wenigstens gezeigt haben werde, daß er nichts gegen mich beweißt, so bleibt meine Behauptung in ihrer vollen Kraft. — Wir finden in dem römischen Rechte ein anderes Geschäft, das mit dem Commodat sehr viel Aehnlichkeit hat, welche die Alten selbst ganz bestimmt anerkennen — das precarium (1). Bey diesem wird nur dolus und culpa lata prästirt (2). Hieraus konn-

(1) *Fr.* 1. §. 3. *D.* 43. 26. (*de Precario*) (Precarium est ...) simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat accipientis, sed, ut ei uti re commodata permittat.

(2) *Fr.* 8. §. 3. *D. eod.* Illud adnotatur, *quod culpam non praestat is*, qui precario rogavit, *sed solum dolum* praestat quanquam is, qui commodatum suscepit, *non tantum dolum*, *sed etiam culpam praestat.*

te sehr leicht die Frage entstehn, ob bey jenem nicht dasselbe eintrete: ja sie muß entstanden seyn, wie dies dieses und einige andere Fragmente zeigen. Um diesem zu begegnen, sondert Ulpian das Commodat, von dem er selbst im Fr. 8. cit. sagt, daß bey ihm nur dolus und culpa prästirt werde: — „Inconsequent würde es seyn", sagt er, „hier etwas anders „anzunehmen, als bey dem Kaufe ꝛc., da der „Commodatar sogar allein Vortheil zieht, „und doch kein anderer Grund eintritt, eine „geringere Verbindlichkeit anzunehmen." Der Zusatz *et diligentiam* kann nichts höheres begründen, da wir bey dem Pfande, dem Kaufe, und der Miethe an sehr vielen Orten denselben finden.

c.) Dasselbe finden wir bey Vergleichung einiger Constitutionen über das Mandat.

C. 11. *C.* 4. 35. (*Mandati*).

Procuratorem non tantum pro his, quae gessit, sed etiam pro his, quae gerenda suscepit, et tam propter exactam ex man-

dato pecuniam, quam non exactam, *tam dolum*, *quam culpam* sumtuum ratione bona fide habita, praestare necesse est.

C. 13. C. *eod.* A procuratore *dolum*, *et omnem culpam*, *non etiam improvisum casum* praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur.

C. 21. C. *eod.* ... Aliena .. negotia exacto officio geruntur, *nec quidquam* in eorum administratione *neglectum*, *ac declinatum culpa vacuum est*.

Die Kaiser Diokletian und Maximian nennen das in der ersten Stelle culpa (levis) was sie in der zweyten omnis culpa nennen, und in der dritten so beschreiben, daß nur casueller Schaden von der Verbindlichkeit zum Ersatze befreyt. Es liegen also in einer Vergleichung dieser Constitutionen die triftigsten Gründe für die von mir behaupteten Sätze. —

II. Die Verbindlichkeit zur Prästation der culpa bey der Miethe, dem Kaufe und Pfande, wird

der bey dem Commodate ganz gleich gesetzt; dies würde aber dann, wenn es eine von der sogenannten culpa levis verschiedene levissima gäbe, nicht möglich seyn; denn auf diesen Fall müßte die Frage, ob jemand allein Vortheil zieht, so sonderbar dies auch wäre, nach Fr. 5. §. 2. entscheiden, das Commodat also ganz anders als jene behandelt werden.

a.) Bey der Miethe.

Hier werden theils ganz dieselben Ausdrücke gebraucht, wie bey dem Commodate:

Fr. 18. *pr.* *D.* 13. 6. (*Commodati*).

In rebus commodatis *talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet: ita, ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit* (1).

(1) §. 2. *J.* 3. 14. (15.) (*quib. mod. re contr. obl.*) ganz gleichlautend ist hiermit *fr.* 1. §. 4. *D.* 44. 7. (*de O. et A.*) ...At is, qui utendum accepit, sane quidem *exactam diligentiam custodiendae* rei praestare jubetur: *nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibe-*

§. 5. *Inst.* 3. 24. (25.) (*de locatione conductione*).

...*Ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet* (1): *Quam si praestiterit, et aliquo casu* eam rem amiserit, de restituenda ea re non tenebitur.

Fr. 25. §. 7. *D.* 19. 2. (*locati*).

Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius, eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: *Culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.*

re solitus est, si modo alius diligentior poterat (so liest Hal. statt „poterit") *eam rem custodire.* Ich glaube kaum, daß in dieser Stelle nach dem bisherigen noch einige Dunkelheit seyn sollte, wäre dies, so verweise ich auf den ganz ähnlichen oben S. 45 erklärten §. 1. *J.* 3. 27. (28.) (*de obl. quae quas. ex contr.*). Die Richtigkeit der dort gegebenen Erklärung zeigen auch die hier im Texte angeführte Stellen, und Theophilus. Hierher gehören noch *C.* 28. *C.* 4. 65. (*de locato*) *fr.* 12. *pr.* *D.* 47. 2. (*de furtis*).

(1) Hal. gewöhnlich: „exhibet."

Theils beyde in derselben Stelle ganz gleich behandelt:

Fr. 5. §. *fin. D.* 13. 6. (*Commodati*).

...In vehiculo *commodato*, *vel locato*.... esse verius ait (Celsus) *et dolum*, *et culpam*, *et diligentiam et custodiam in totum* me praestare debere.

Die allgemeine Gleichstellung derselben kann also keinem Zweifel unterworfen seyn: noch deutlicher wird sich dieselbe bey der Entwickelung der Bedeutung des Wortes custodia zeigen (1). Die Glosse sucht den §. 5. und das Fr. 25. auf zwey verschiedene Arten mit der gewöhnlichen Theorie zu vereinigen. Beyde sollen, glaubt sie erstens, nicht allgemein reden, sondern nur von sehr zerbrechlichen Sachen: wie gesucht und willkührlich diese Erklärung sey, bedarf wohl kaum einer Bemerkung, — und dann schlägt sie vor, daß man hier den Superlativ mit dem Positiv als gleichbedeutend annehme, so wie dies nach

(1) S. u. §. 12.

der römischen Sprache sehr gut angehe. Gegen diese Bemerkung ist wohl nichts einzuwenden, als das, daß sie von ihr allein bey dieser Stelle, und nicht allgemein Gebrauch macht: (1) geschähe aber dies, so mögte sie wohl schwerlich für die gegentheilige Meinung angeführt werden können. Die letzte Stelle, in gewisser Hinsicht wohl die entscheidendste, übersieht sie ganz, weil sie sich dort zu viel mit dem Besitze mehrerer in solidum, wovon auch dort gehandelt wird, beschäftigt.

b.) Bey dem Pfande:

Fr. 13. §. 1. *Fr.* 14. *D.* 13. 7. (*de pigneratitia actione*).

(1) Wie ganz ohne Bedeutung es hier ist, ob der Positiv, oder Superlativ gebraucht werde, ergiebt sich schon daraus, daß die Alten beyde ohne allen Unterschied gebrauchen, so daß sogar bey dem Commodate nur diligens custodia gefordert wird, *fr.* 5. §. 5. *D.* 13. 6. (*commodat.*) da doch bey diesem und der locatio conductio nach dem obigen diligentia talis, qualem quisque diligentissimus pater familias rebus suis adhibet, prästirt werden muß. Gries l. c. p. 10-14. stellt, um dies zu beweisen die verschiedene Ausdrücke zusammen, die bey den wichtigsten Geschäften vorkommen.

Venit autem in hac actione *et dolus, et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit. Ea igitur*, quae *diligens pater familias in suis rebus praestare solet*, a creditore exiguntur.

So deutlich diese Stelle ist, so hat sie sich doch allerhand Erklärungen und Emendationen (1) gefallen lassen müssen, um nur die einmal angenommene Meinung zu retten. Schon Azo (2) und nach ihm Cujas (3) (bey dem freylich der Umstand, daß Doneau die entge-

(1) So verwandelt Noodt (probab. IV. c. 3.) ut in at: wie kommt aber dann dieser Satz hierher? Anders erklärt es Wieling (in lection. p. 24) wo er das hac actione auf den Anfang der Stelle bezieht. — Entsteht aber dann nicht dieselbe Schwürigkeit?

(2) In Glossa ad h. L. Diese stellt auch noch eine andere Erklärung auf, die wegen ihrer Sonderbarkeit merkwürdig ist. Vel dic. *et non tanta, sicut et ibi: estote perfecti, sicut pater vester.*

(3) Cujacii *Observ. lib.* 19. *c.* 24. dieselbe Meinung vertheidigen: Markardt *probab. I. p.* 101. Lamprecht *ad L.* 13. *de pign. act.* und wahrscheinlich noch viele andere.

gengesetzte Meinung aufstellte, Einfluß gehabt haben mag) sagen: es sey doch möglich, daß der Creditor pigneratitius allein, und daß bey dem Commodate beyde Vortheil zögen: in beyden Fällen richte sich hiernach die Verbindlichkeit zur Prästation der Culpa, und hierdurch rechtfertige sich diese Vergleichung. — Hätten wir keine andere Stellen, die eben so allgemein von der strengen Verbindlichkeit des Pfand-Gläubigers sprechen (1), fänden sich nicht auch bey der Miethe und dem Kaufe ähnliche Vergleichungen, und wäre endlich die entgegengesetzte Theorie nur allenfalls begründet, so ließe sich diese, immer sehr gezwungene Er-

(1) *C.* 8. *C.* 4. 24. [*de pign. act.*] *si nulla culpa*, *seu segnitia* Creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet. §. 4. *Inst.* 3. 14. (15.) (*quib. mod. re contr. obl.*) .. Quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris — et creditoris — placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam, *exactam diligentiam* adhiberet: *quam* si praestiterit, *et aliquo fortuitu casu* rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere. — *C.* 19. *C.* 8. 14. (*de pign. et hyp.*) *sicut vim majorem* pignorum creditor praestare non habet necesse, *ita dolum*, *et culpam*, *sed et custodiam* exhibere cogitur. vergl. Pfeifer vermischte Aufsätze S. 89. fgde, bes. S. 94.

klärung noch allenfalls hören: kaum aber itzt, wo alle diese Umstände gegen sie sprechen. Gezwungen glaube ich diese Erklärung mit Recht nennen zu können, da es doch bey dem Commodate Regel ist, daß nur einer, bey dem Pfande, daß beyde Vortheil ziehen: ja, da es bey dem Pfandgläubiger eine wahre Seltenheit ist, daß er allein Vortheil zieht. — Und doch redet die Stelle allgemein.

c.) Bey dem Kaufe:

Fr. 3. *D.* 18. 6. (*de periculo et commodo rei venditae*).

Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet (1).

(1) *Fr.* 38. *pr.* *D* 39. 2. (*de damn. infect.*) venditor *omnem diligentiam* ei (emtori) praestare debet *Fr.* 18. §. 9. *D. eod.* Quia, dum venditoris custodia est, is stipulari debet, *omnemque diligentiam* emtori praestare. *Fr.* 36. D. 19. 1. (*de act. E. V.*) Besonders wichtig ist *fr.* 31. §. 11. 12. *D.* 21. 1. (*de aed. edict.*) (*Ulpian* lib. 1. ad Edict.

Hier glaube ich auf nichts, als auf den Gegensatz: ut diligentiam praestet exactiorem, aufnochmal merksam machen zu müssen: (s. o. S. 37.) da er auch hier so viel beweisend ist. — Die Glosse giebt bey dieser Stelle dieselben Erklärungen, wie bey dem Fr. 13. cit. doch sind sie hier noch viel mehr gezwungen, und also verwerflich, wie dort, da bey dem Kaufe doch immer beyde Theile Vortheil ziehen; — oder soll wohl ein nachtheiliger Verkauf einen Unterschied machen?!

Aus dieser Zusammenstellung folgt ferner, daß die Alten für culpa levissima keine Bezeichnung haben, da culpa, omnis culpa, diligentia, omnis, exacta, exactissima diligentia, custodia, custodia, quam diligentissimus pater familias rebus suis adhibet, eben so gut bey Geschäften,

cur.) si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emtoris, vel familiae ejus, vel procuratoris homo demortuus sit, nam *si culpa ejus* decessit, pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret: *culpam omnem accipiemus, non utique latam: propter quod* dicendum est, *quamcunque* occasionem morti emtor praestitit, *debere* eum; etiam, si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua. S. u. §. 9. not. 1. u. §.

wo beyde Theile Vortheil ziehen, gebraucht werden, als da, wo nur einer.

Ein anderer sehr wichtiger Grund für die von mir behaupteten Sätze, den besonders Gries anführt, liegt in einem doppelten Gegensatze. Culpa wird nämlich sehr häufig dem casus (1), und Bezeichnungen, worunter man gewöhnlich culpa levissima versteht, der culpa lata entgegen gesetzt (2). Von beyden sind in dem bisherigen zu viele Beyspiele vorgekommen, als daß hier eine besondere Zusammenstellung nöthig wäre.

(1) Z. B. §. 3. *J.* 4. 3. (ad L. Aquil.). Ac ne is quidem hac lege tenetur, *qui casu occidit*, *si modo culpa ejus nulla inveniatur*: nam alioqui, non minus quam ex dolo, ex culpa quisque hac lege tenetur. *Fr.* 32. *D.* 3. 5. (de neg. gest.). In qua lite *culpam* aestimari satis est, *non etiam casum.*

(2) Z. B. *Fr.* 2. §. 1. *D.* 18. 6. (de peric. et comod. rei vend.) *Custodiam* autem ante admetiendi diem, qualem praestare venditorem oporteat: *utrum plenam*, *ut et diligentiam* praestet, *an vero dolum duntaxat* videamus. *Fr.* 1. §. 1. *D.* 11. 6. Haec actio *dolum malum duntaxat* exigit .... *lata culpa* plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accipit, *non omnem culpam* eum praestare propter verba Edicti.... Fr. 31. §. 11. 12. D. 21. 1. fr. 3 D. 18 6. fr. 1. pr. D. 27. 3. vergl. mit fr. 53. §. 3. D. 47. 2. fr. 25. §. 16. D. 10. 2. fr. 68. pr. D. 18. 1. C. 28. C. 4. 65.

Ich glaube jetzt den Beweis vollkommen geführt zu haben, daß es keine von der culpa levis verschiedene levissima gebe, und daß jene selbst das geringste Versehen in sich begreife. Wäre dieser Punkt nicht zu wichtig, so fürchtete ich bald zu weitläuftig geworden zu seyn.

Sehr natürlich entsteht hier die Frage: was bezeichnen denn die häufig vorkommende verschiedene Ausdrücke, wenn sie nicht verschiedenen Graden der culpa entsprechen? Ich glaube, die verschiedenen Richtungen der Sorgfalt, zu der jemand verbunden ist: diese Verbindlichkeit kann allerdings sehr verschieden seyn; uur so, daß auf sie, wenn nicht mehr, doch gewiß eben so viel die Natur des Verhältnisses, worinn der laedens zu dem lädirten steht, als die Frage, ob er Vortheil ziehe, Einfluß hat, und zwar auf eine Art, wie dies bey verschiedenen Graden ohnmöglich wäre. Die Erörterung dieses enthält die Beantwortung der zweyten von mir aufgeworfenen Frage (§. 4.).

§. 9.

Die Handlungen des einen Bürgers sind der Willkühr eines andern nicht eher unterworfen, bis irgend

etwas eine Obligation zwischen beyden begründet. Nothwendige Folge hievon ist es, daß niemand ohne ein vorhergegangenes Faktum zur Vornahme irgend einer Handlung verbunden seyn kann, wodurch der Vortheil eines dritten befördert, oder Schaden von ihm abgewendet würde: die einzige Ausnahme bildet der Fall, wo irgend ein Gesetz im Allgemeinen eine Verbindlichkeit zum Handlen auflegt; und selbst dieser gehört nur gewissermaßen hieher.

Hieraus folgt, daß im Allgemeinen die Unterlassung einer Handlung keinen Eingriff in fremde Rechte enthalten könne, daß man sich also dann nur der culpa schuldig machen kann, wenn man durch Handlungen schadet. — Erst dann, sobald jemand, sey es nun auf eine Weise, welche es wolle, in ein näheres Verhältniß zu einem seiner Mitbürger tritt, kann die Anwendung eines gewissen Grades von Fleiß erfordert werden, wenn sie zu den aus diesem Verhältnisse entstehenden Verbindlichkeiten gehört; ist dies, so enthält natürlich Unterlassung desselben eine Rechtsverletzung, und ist also culpos (1). — Aber eben wegen dieser

(1) Auf diesen Unterschied weist auch Fr. 91. pr. D. 45. 1. (*de V. O.*) Si servum stipulatus fuero, et nulla mora in-

Verschiedenheit ist es zur richtigen Beantwortung der Frage, ob man sich einer culpa schuldig gemacht habe, sehr wichtig, ob das in Frage stehende Faktum eine Handlung oder Unterlassung enthalte, da oft jene widerrechtlich ist, diese nicht? Um dies bestimmen zu können, ist es nothwendig, die Terminologie der Alten auch in dieser Rücksicht etwas genauer zu untersuchen. — Eine Untersuchung, die vielleicht an sich weniger schwierig, durch die willkührliche Behandlung der Quellen und daher entstandene Verwirrung erschwert worden ist.

§. 10.

Die natürlichste, wenn auch nicht sehr gewöhnliche Bezeichnung ist, daß man culpose Handlungen factum, Unterlassungen aber desidia und negligen-

tercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. Sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? Considerandum est (so lesen die meisten ältern Ausgaben: die FLOR. „considerantibus") utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus à possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit: an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est: quia, qui dari promisit, ad dandum non faciendum, tenetur.

tia nannte. Des ersten Ausdrucks bedient sich Ulpian (1). Und hieraus erklärt sich eine sonst sehr schwierige Stelle, die eben hier bey der Bestimmung des Sprachgebrauchs von der entschiedendsten Wichtigkeit ist: ich meine das

(1) *Fr.* 21. *D.* 17. 2. (*pro socio*) *Factum* ejus (nemlich des socius, den einer von der Gesellschaft für sich angenommen hat, der also mit den übrigen in keiner Verbindung steht) praestabitur societati: i. e. aget socius, et societati praestabit, quod fuerit consecutus. — *fr.* 22. *eod.* — Ex contrario *factum* quoque sociorum debet ei praestare, sicuti suum: quia ipse adversus eos habet actionem. — *Fr.* 23. *de eod.* De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare sociis sufficiat, ut si facere ille non possit, nihil ultra sociis praestet, an *vero indemnes* eos praestare debeat. Et puto omnimodo eum teneri ejus nomine, quem ipse solus admisit, quia *difficile est negare culpa ipsius admissum.* — *Fr.* 21. §. 6. *D.* 9. 4. (*de nox. action.*) Si jusjurandum exegit actor, reusque juravit, deinde postea noxali velit actor experiri, videndum est, an exceptio jurisjurandi debeat adversus actorem dari? Et Sabinus putat, non esse dandam, quasi de alia re sit juratum, hoc est, tunc non fuisse in potestate: modo vero cum in potestate deprehendatur, *de facto ejus* posse agi.... Eine flüchtige Uebersicht dieser Stellen zeigt die Richtigkeit meiner Behauptung: jede Handlung, wodurch dieser einseitig angenommene schadet, ist culpos, und für diese Culpa muß auch der Annehmer haften, weil sie sich auf seine Handlung bezieht.

Fr. 7. D. 48. 8. (ad L. Corn. de Sicar.).

In Lege Cornelia *dolus pro facto* accipitur, *nec in hac Lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare* si quis ab alto se precipitaverit, et super alium venerit, eumque occiderit, aut putator ex arbore, cum ramum dejiceret, *non proclamaverit*, et praetereuntem occiderit, ad hujus legis coercitionem non pertinet.

Ganz ungezweifelt ist es, daß bey der Bestrafung der durch die Lex Cornelia verpönten Handlungen nie darauf Rücksicht genommen wird, ob der Verbrecher seinen Vortheil, oder ob er nur den Mord bezweckte? Und doch läugnet Paulus, daß culpa lata diese Verbrechen begründen könne: nothwendig muß es also noch eine andere Beziehung von dolus und culpa lata geben. Was dies für eine Beziehung sey, giebt er, wie ich glaube, sehr deutlich an. Durch die Lex Cornelia, sagt er, werden nur dolose Handlungen, (dolus pro facto accipitur) nicht aber wissentliche Unterlassungen (1) bestraft:

(1) Daß nur dies der Sinn von culpa lata seyn könne, zeigt ausser dem Zusammenhang dieser Stelle

und deßwegen ist auch der, welcher ohne zu rufen, einen Ast herunterwirft, und hiedurch jemanden tödet, von dieser (1) Strafe frey. — (2)

Diese Erklärung rechtfertigt sich noch daraus, daß die hier angegebenen Beyspiele, sobald sie wirklich

das fr. 213. §. 2. *D.* 50. 16. (de V S). *Lata culpa est nimia negligentia.*

(1) Aber lange nicht von jeder. PAULUS *V.* 23. §. 12. Si putator ex arbore, *cum ramum dejiceret*, *non proclamaverit*, *ut vitaretur*, atque ita praeteriens ejusdem ictu homo perierit, *etsi in Legem* (Corneliam) *non incurrit*, in metallum damnatur. — Aehnlich ist fr. 31. D. 9. 2. (*ad L. Aquil.*).

(2) Bynkershök (Obs. III. 10.) hebt allen Zusammenhang dieser Stelle auf, und erklärt sie durch die Regel (die er jedoch nicht allgemein gelten läßt) daß auch ein nicht consumirtes Verbrechen eben so wie ein consumirtes bestraft werden könne. Paulus soll also sagen: bey der Lex Cornelia gilt der böse Wille für die That. — Merkwürdig ist die Erklärung, die ein Scholiast der Basiliken aufstellt; sie lautet nach Cujasen Uebersetzung wörtlich so: (non tenetur) Contendo etiam non relegari, et quare *ult. Th.* 18. *cap. et Tit.* 51. *cap.* 16. *Th. ante penult.* In Lege Cornelia de Siccariis *dolus pro facto* accipitur, *non etiam culpa lata: quare* si quis exalto se praecipitaverit, et super alium ceciderit, eumque occiderit, aut putator arboris dejiciens ex eo ramos non proclamaverit, ut caverent transeuntes, et occiderit aliquem praeter euntem, non tenetur Lege Cornelia, sicut Aquilia (*Lib.* 60. *Tit.* 39.)

in Beziehung auf die Folge vorgenommene Handlungen enthalten, d. i. sobald das Herunterstürzen oder Wegwerfen in der Absicht jemand zu tödten, vorgenommen worden, allerdings zu den durch diese Lex verpönten Handlungen gehören müsten, die Unterlassung des gesetzlich erfoderten Zurufens muß es also seyn, die hier bey dem Baumschneider, und die Unterlassung der bey einem so gefährlichen Muthwillen, wie das sich Herunterstürzen ist, nöthigen Sorgfalt (1),

(1) Ein merkwürdiges und ähnliches Beyspiel eines von den Neuern so genannten culposen Verbrechens findet sich in der COLL. L. L MOS. ET ROM. *Tit.* 1. §. 11. — Ich glaube von diesem auch im römischen Rechte sprechen zu können, wenn gleich noch vor kurzem von dem Herrn Ob. A. G. R. v Almendingen scharfsinnige Zweifel gegen seine Existenz bey den Römern erregt worden sind. Denn so gewiß es ist, daß vor Entstehung der crimina extraordinaria nur durch eine Lex verpönte Handlungen strafbar waren, und also keine so gen. culpose Verbrechen entstehen konnten, eben so gewiß ist es auch, daß nach Entstehung jener jede dem Staate schädliche Handlung schon im voraus verpönt wurde; und hier muste doch wohl auf die bewürkte Folge eben so gut, als auf die Grösse der culpa Rücksicht genommen werden. Fr. 1. §. 3. D. 48. 8. (*ad L. Corn de sic.*) COLLAT. tit. 1. §. 6. Die für das Gegentheil angeführte Stellen beweisen wohl nur, daß eine solche Handlung keine Uebertretung der Lex enthalte, die gegen die mit Absicht bewürkte Folgen gegeben worden. COLLAT. tit. 1. §. 7. 9. fr. ult. D. 48. 8. (*ad*

die bey dem Arbeiter als illegal behandelt werden; diese müssen es also auch seyn, die Paulus als culpa lata dem dolus entgegensetzt. Dieses zeigt deutlich die Verbindung mit dem ersten Satz durch *quare*: eine andere Folgerung zu ziehen, würde seine Consequenz sehr verdächtig machen. —

Hier zeigt es sich auch, daß der Ausdruck: dolus, et culpa lata in hoc contractu praestantur, selbst von der engsten Bedeutung von dolus abgesehen, wor-

L. Corn. de sic.) PAULUS V. 23. §. 3. oder, daß das s. g. perfekte Verbrechen dem consumirten gleich stehe. Fr. 14. D. 48. 8. (*ad L. Corn. de sic.*) C. 1. C. Th. 9. 26. C 3 C. Th. 9. 14. u. a. m. Vergl. GOTHOFRED. ad C. 1. C. Th. 9. 26. (*ed. Ritter* T. III p. 225) CUJAC. Obs. lib. 15. c. 25. SCHULTING *ad Paul.* V. 23. § 3. und *Collat L. L. Mos. et Rom.* tit. 1 § 7. BYNKERSHOEK III. obs. 10 Für letzteres spricht auch noch das, daß in allen den Fällen, wo zum Begriffe des Verbrechens eine gewisse Folge erfordert wird, der Verbrecher noch nicht alles von seiner Seite gethan hat, bis diese hervorgebracht ist. Uebrigens ist es wohl gewiß, daß den Römern der Ausdruck culposum delictum unbekannt war, da culposus ein barbarisches, und erst im Mittelalter entstandenes Wort ist; und insofern ist es zuverläßig richtiger ausgedrückt, wenn man behauptet, daß das s. g. culpose Verbrechen immer ein ganz anderes enthalte, als das, worauf man es gewöhnlich bezieht, und daß es nicht römisch sey beyde Verbrechen so zu unterscheiden.

in es freylich nur selten und Ausnahmsweise vorkömmt, nicht zwecklos ist, denn ausser allem Obligations-Verhältniß kann in der Regel, und bey diesem sogar zuweilen keine culpa lata entstehen.

Die Frage, ob auch in dieser Bedeutung culpa lata und dolus im Criminalrechte gleich behandelt werden müssen, kann nicht wohl aufgeworfen werden: Gewöhnlich wird jene, wenn überhaupt von ihr die Rede seyn kann, die Uebertretung eines andern Gesetzes enthalten.

§. 11.

Den zweyten Ausdruck finden wir in sehr vielen Stellen (1), aus ihm ergiebt sich die Bedeutung von

(1) *C.* 2. *C.* 5. 51. (*arbitr. tutel.*) Nomina paternorum debitorum, si idonea fuerint initio susceptae tutelae, et per latam culpam tutoris minus idonea tempore tutelae esse coeperunt, judex, qui super ea re datus fuerit, dispiciet, et si palam dolo tutoris, vel *manifesta negligentia* cessatum est, tutelae judicio damnum, quod ex cessatione accidisset pupillo praestandum esse, statuere curabit. — Hier wird also dolus (culpa lata in faciendo) der manifesta negligentia entgegengesetzt, und doch sollen beide zur culpa lata gehören. *Fr.* 7. §. 2. *D.* 26. 7. (de ad-

diligentia. Denn da eine Unterlassung, sobald sie culpos seyn soll, die Verbindlichkeit zur Vornahme einer Handlung voraussetzt, so muß es ganz gleichgültig seyn, ob ich sage: desidiae et negligentiae nomine tenetur, oder ob: diligentiam praestare debet; indem diligentia und negligentia die sich grade entgegenstehenden Begriffe ausdrücken ([1]). Den Beweis beyder Sätze liefert eine Stelle von Ulpian, die ohne diese Voraussetzung gar nicht erklärt werden kann:

minist. et peric. tut.) Competet adversus tutores tutelae actio, si male contraxerint: (hoc est,) si praedia comparaverint non idonea, per sordes aut gratiam. Quid ergo, si neque sordide, neque gratiose, sed non bonam conditionem elegerint? recte quis dixerit, *solam latam negligentiam* eos praestare in hac parte debere. *Fr.* 72. *D.* 17. 2. (pro socio) socius socio etiam culpae nomine tenetur, *i. e. desidiae atque negligentiae* §. ult. J. 3. 25. (26.) (de societate) *fr.* 213. §. 2. *D.* 50. 16. (de V. S.) *fr.* 22. §. 3. *D* 36. 1. (ad SCtum Treb.) *C* 8. *Cod.* 4. 24. (de pign. act.)

(1) Auf diese Erklärung führt Gajus (fr. 72 cit.) mit Nothwendigkeit, indem er fortfährt: Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet. —

Fr. 6. *D.* 50. 8. (*de administratione rerum ad civitatem pertinentuum*).

Magistratus reipublicae *non dolum solum modo*, *sedet latam negligentiam*, *et hoc amplius etiam diligentiam* debent.

Hier wird dolus, d. i. wie aus dem Bisherigen sehr deutlich erhellt, wissentlich illegale Handlungen, der lata negligentia entgegengesetzt: es bleibt also für diese keine andere Bedeutung übrig, als die einer wissentlichen Unterlassung, da hier doch nur beyde zusammen die culpa lata ausmachen können.

Noch deutlicher liegt in dieser Stelle der Beweis der von mir behaupteten Bedeutung von diligentia: zugleich weist sie aber auch auf eine andere, und technische hin. Diligentia und negligentia lata werden sich hier einander entgegengesetzt, gerade so, wie culpa und culpa lata: jene muß also die Verbindlichkeit zur Aufwendung alles, auch nur möglichen Fleißes enthalten; diese aber durch die Anwendung desjenigen, den man in dem Seinigen anzuwenden pflegt, vermieden werden können. —

Dieser Satz geht noch bestimmter aus der Vergleichung mehrerer Stellen hervor. So sagt Ulpian (¹) von dem Tutor, der nach den in der ersten Note angeführten Stellen, nur für negligentia lata haftet, er prästire dolum, culpam, et quantam in suis rebus diligentiam, und Paulus läugnet, daß er diligentiam prästire (²) und so muß endlich der Gegensatz in einer Stelle des letztern (³) erklärt werden:

> . . Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, . . . talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.

Denn daß diligentia und diligentia diligentis patrisfamilias gleichbedeutend seyen, hat doch wohl keinen Zweifel.

(1) *Fr.* 1 *pr. D.* 27. 3. (*de tutel. et rat. distr.*) In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc judicio: *praestando dolum*, *culpam*, *et quantam in rebus suis diligentiam.*

(2) *Fr.* 53. §. 3. *D.* 47. 2. (*de furtis*) .. Eadem sunt ... *in eo tutore*, *qui diligentiam praestare debeat*: veluti, qui ex pluribus tutoribus testamento datis oblata satisdatione solus administrationem suscepit. Nicht jeder Vormund muß also diligentia prästiren.

(3) Fr. 25. §. 16. D. 10. 2. (*fam. herciscund*) Diese Stelle ist nicht unbedeutend für den Satz, daß alle *culpa* nur in zwey Grade abgetheilt werden könne.

Aus dieser Zusammenstellung folgt ferner, daß culpa, wo es ohne Zusatz, und technisch gebraucht wird, immer die culpa levis in faciendo bezeichne[1]: denn da es in mehreren dieser, so wie in vielen andern Stellen von dolus, culpa lata, und diligentia getrennt wird, so kann es nur culpose Handlungen begreifen, die zu keinen von diesen gehören. Ganz gleichbedeutend mit diesem ist culpa levis, culpa omnis: man hüte sich deßwegen sehr vor dem Schluße praestat culpam omnem, ergo diligentiam. Umgekehrt kann man natürlich schließen: praestat diligentiam, ergo culpam: denn jene enthält etwas höheres, wie diese, da jene ein bestimmtes Verhältniß voraussetzt, diese nicht.

§. 12.

Es ist itzt nur noch die Bedeutung eines Wortes zu bestimmen übrig, nämlich von custodia. Auch hier

(1) Diese Erklärung von culpa, und diligentia ist sehr alt: sie findet sich schon in der Gloße zu *fr.* 5 §. 2. *D.* 13. 6. (commod.) Doch sind wohl Baro (ad L. 23. D. de reg Jur) und Doneau die ersten, die sie mehr berücksichtigten, und zu beweisen versuchten. Gegen erstern streitet Le Conte (ad L. 23 cit.) den besonders der §. ult. J. 3. 25 (26) und die Uebersetzung desselben bey Theophilus irreleiteten.

führt die natürlichste Annahme auf die richtigste Resultate. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche bezeichnet dieses Wort die Pflicht zur Bewahrung einer Sache, zu der Vornahme der Handlungen also, die hierzu erfordert werden. Dies auf die gegenwärtige Untersuchung angewendet, so entspricht custodia einer culpa in non faciendo.

Die Richtigkeit dieser Voraussetzung angenommen, entsteht hier die Frage, ob die Verbindlichkeit zur custodia die zur Vornahme jeder Handlung, die Bewahrung bezweckt, enthalte, so, daß die Unterlassung derselben culpos ist, daß also jeder Schaden, der durch sorgfältigere Bewahrung hätte vermieden werden können, als widerrechtlich zugefügt angesehen werden muß; oder ob dies nicht der Fall ist? Ist jenes (und dies ist es würklich) so bildet sie einen Theil desjenigen, was man durch diligentia bezeichnet, und entspricht der Verbindlichkeit für den durch Diebstahl entstandenen Schaden zu haften, da dieser immer durch größere Sorgfalt hätte abgewendet werden können [1].

(1) Hierauf bezieht schon Duaren (ad L. 9. D. Solut. matr.) jede *Culpa levissima*: und daß er nicht der erste ist,

Mit dem Beweise dieses letztern Satzes glaube ich auch meine erste Behauptung völlig gerechtfertigt.

Nur der kann die actio furti anstellen, dessen Interesse es fordert, daß die Sache, in deren Besitz er war, nicht gestohlen worden sey (1). Dies ist der Herr der Sache immer, und der, der seinen Besitz von ihm ableitet (2), wenn er das periculum trägt. Letzteres sagt Ulpian sehr bestimmt:

„..Puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodatae, item locatae, pignorisve nomine acceptae, si hae subreptae sint, omnibus furti actiones competere (3).

der diese Meinung hegte, zeigt die Gloße zu fr. 52. §. 3. D. 17. 2. (*pro Socio*,) welche dieselbe verwirft.

(1) *Cujus interfuit non subripi, is actionem furti habet.* *Fr.* 10. *D.* 47. 2. (de furtis) Si res pignori data sit, creditori quoque *damus furti actionem*, quamvis in bonis ejus res non sit... nec non et ipsi domino dari placet, ... *Ideo autem datur utrique, quia utriusque interest.* *Fr.* 12. §. 2. *D. eod.*

(2) *Is, cujus interest non subripi furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate* i. e. veluti is, cui res locata est. *Fr.* 85. *D.* 47. 2. (*de furtis.*)

(3) *Fr.* 14. § 16. *D.* 47. 2. (de furt.) So lesen nämlich

Dieser Ausdruck kann hier nichts anders bezeichnen, als die Verbindlichkeit für den durch Diebstahl verursachten Schaden zu haften. Dies erhellt sowohl aus den angeführten Beyspielen, als aus der allgemeinen Regel, daß der Eigenthümer einer Sache immer den casuellen Schaden trage (1). Wer also die actio furti anstellen kann, ohne Eigenthümer der gestohlenen Sache zu seyn, muß, wenn sonst kein besonderer Grund vorhanden ist, die Verbindlichkeit haben, dieselbe mit der größtmöglichsten Sorgfalt zu bewahren. Nun betrachteten aber die Römer die Verbindlichkeit zur custodia als Bedingung der Möglichkeit die actio furti (2)

Haloander und die meisten ältern Ausgaben, die Florentina: veluti commodati, item locati, pignorisve nomine accepti etc. Eine Leseart, die sich freylich auch, wiewohl mehr gezwungen erklären läßt. — Von dieser Regel giebt es nur zwey Ausnahmen. Davon unten.

(1) Der Einwurf, daß dies bey dem casus mixtus anders sey, trifft mich nicht, da es hier doch im Grunde die vorhergegangene culpa ist, die die Verbindlichkeit zu dem Ersatze begründet. S. o. S. 40.

(2) *Fr.* 10. §. 1. *D.* 13. 6. (*commod.*) Si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur? *Et siquidem mea causa dedi*, dum volo pretium exquirere, *dolum mihi tantum* praestabit: *Si sui et custodiam: et ideo furti habebit actionem.* *Fr.* 14. §. 15. *D.* 47. 2. (de furt.) Non solum autem in re commodata *competit ei, cui commodata*

anzustellen: dieses muß also die von mir angenommene Bedeutung haben.

Nachdem ich diesen Satz theilweise erwiesen habe, wird es leicht seyn, eine Stelle zu erklären, die alles zusammen enthält, was bereits aus der Verbindung mehrerer Fragmente gefolgert worden ist. Sie handelt von der Verbindlichkeit eines von mehreren sociis, dem eine gemeinschaftliche Sache geschätzt übergeben worden, wenn diese Sache zu Grunde gegangen ist: (1)

est, *furti actio*, sed etiam in ea, que ex ea agnata est: *quia et hujus custodia ad eum pertinet*. *Fr*. 12. *pr*. *D*. *eod*. Itaque fullo, qui curanda, polienda vestimenta accepit, *semper agit:* praestare enim (*semper*) *custodiam* debet: Si autem solvendo non est, ad dominum actio redit, *nam qui non habet*, *quod perdat*, *ejus periculo nihil est*. *Fr*. 14. §. 17. *D*. *eod*. ...Et ideo quaeri potest, an etiam is cui data est perferenda, *furti agere* possit? *Et si custodia ejus ad eum pertineat*, *potest*..... *Vel si custodiam ejus rei recepit*: vel mercedem perferendae accepit, (weil hier eine locatio conductio entsteht.) Et erit in hunc casum similis causa ejus, et cauponis aut magistri navis; *nam his damus furti actionem*, si sint solvendo; *quoniam periculum rerum ad eos pertinet*. Fr. 14. §. 10. D. eod.

(1) *Fr*. 52. §. 3. *D*. 17. 2. (*pro socio*)

Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est *damna fatalia*, socii non cogentur ([1]) praestare: ideoque, si pecus *aestimatum* datum sit, et id *latrocinio, aut incendio* perierit, commune damnum est, si nihil dolo, aut culpa acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit: *quod si a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit.*

Die Verbindlichkeit zur custodia ist es, warum der socius in dem angegebenen Falle den durch Diebstahl verursachten Schaden ersetzen muß, obschon er auch hier denjenigen zu tragen nicht verbunden ist, den er auf keine Weise hätte abwenden können ([2]).

(1) Vielleicht sociis non cogetur praestare.

(2) Ich glaube, daß es hier der Ort ist, noch eine Stelle anzuführen, die diesen Gegensatz so schön ausdrückt. *Fr.* 31. *D.* 19. 1. (de act. Emt. Vend.) Si ea res, quam ex emto praestare debebam, *vi* mihi ademta fuerit, *quamvis eam custodire debuerim*, tamen propius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae ejus praestari a me emtori oporteat; *quia custodia adversus vim parum proficit.*

Die Verbindlichkeit zur custodia enthält also die zur Vornahme von Handlungen, und steht mit der, einen durch Diebstahl entstandenen Schaden zu ersetzen, in der genausten Verbindung. So ist also aus dieser einzigen Stelle der Beweis nochmal geführt, der für die Bedeutung von custodia geführt werden sollte.

Hier entsteht noch die Frage, ob custodia technisch gebraucht, auch die culpa lata in non faciendo in dieser Rücksicht bezeichne; oder ob sie ebenfalls wie diligentia derselben entgegen gesetzt wird: ob also dadurch, daß die Verbindlichkeit zur custodia geläugnet wird, auch diese geläugnet werde, oder nicht? Diese entscheidet der

§. 19. (17.) *Inst.* 4. 1. (*de obligationibus quae ex delicto*).

Sed is, apud quem res deposita est, *custodiam non praestat: sed tantum*

(1) *Fr.* 1. §. 12. D. 16 3. (*depos*) Quod si rem tibi dedi, ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit: videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit? Et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem; *quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem.*

in eo obnoxius est, *si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de causa, si res ei subrepta fuerit, quia restituendae ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest.*

Das Depositum ist ein Geschäft, dessen einziger Zweck Aufbewahrung einer Sache ist (1) die Verbindlichkeit also so viel Fleis auf diese zu verwenden, als man dies bey seinen Sachen zu thun pflegt, ist ohne alle Frage vorhanden: (2) und doch wird in diesem Paragraphen geläugnet, daß die Verbindlichkeit zur custodia vorhanden sey. Mit Nothwendigkeit folgt hieraus, daß custodia nur diesem Theil der culpa (levis) in non faciendo entspreche, daß es also eben so, wie culpa, und diligentia dem dolus, und der culpa lata entgegengesetzt werde.

(1) *Fr.* 1. *pr. D.* 16. 3. (*depos.*) *depositum est, quod custodiendum alicui datum est:* dictum ex eo, quod ponitur; praepositio enim *de* auget depositum, ut ostendat totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet.

(2) *Fr.* 32. *D.* 16. 3. (*depos.*)

§. 13.

Nun erst ist es möglich über den Plan der folgenden Abhandlung bestimmte Rechenschaft abzulegen. Culpa kann in dem Privatrechte in zwey Beziehungen vorkommen, je nachdem sie sich entweder auf eine frühere Obligation bezieht, oder eine solche erst durch sie entsteht. In jenem Fall gründet sie sich darauf, daß nicht so gehandelt worden, wie dies das bestehende Verhältniß verlangte, und daß hierdurch Schaden entstanden ist: in diesem bezieht sie sich auf die Delikte.

Allein unter diesen setzen das furtum, der Raub, und die Injurie voraus, daß die culpa, die sie begründet, noch besonders modifizirt ist: die Theorie der widerrechtlichen Schadenszufügungen allein ist es also, die hier dargestellt werden kann.

Diesemnach zerfällt die folgende Abhandlung in zwey Theile: in dem ersten muß erörtert werden, wann ausser allem Obligations Verhältniße die Verbindlichkeit zu dem Ersatze des zugefügten Schadens entstehen könne, und was mit dieser Verbindlichkeit noch sonst für Folgen verbunden sind? (2ter Abschn.) In dem zweyten ist zu untersuchen, welchen Grad

von Fleis jede bestehende Obligation verlangt, und in wiefern hierin Nebenumstände etwas ändern können und müssen (Abschn. 3.)? Als Anhang müssen noch alle die Fälle mitgenommen werden, wo zwar Schaden zugefügt worden, ohne daß rechtlich *culpa* vorhanden ist, welche aber von dem Prätor so behandelt werden, als wenn derselbe würklich durch widerrechtliche Handlungen entstanden wäre. (Abschn. 4.)

Zweyter Abschnitt.

Lex Aquilia.

§. 14.

Ohne Rücksicht auf eine frühere Obligation (1) kann Schaden auf eine doppelte Art entstehen: durch Hand-

(1) Hier ist es nun ganz gleichgültig, ob würklich keine vorhanden ist, oder ob eine bestehende so behandelt wird, als wenn sie nicht vorhanden wäre. Letzteres muß natürlich erlaubt seyn, da das nähere Verhältniß das entferntere nicht aufhebt. Geschieht dies so verschwinden alle die Folgen, die sich auf die obligatio beziehen. Daher concurrirt die actio Legis Aquiliae mit allen Contraktsklagen elektiv. *Fr.* 7. *pr.* §. 8. *fr.* 18. 27. §. 9. *D.* 9. 2. (*ad. Leg. Aquil.*) *fr.* 5. §. 3. *D. eod. fr.* 7. §. 1. *D.* 13. 6. (*commod.*) *fr.* 18. §. 1. *D. eod. fr.* 47. *D.* 17. 2. (*pro socio.*) *fr.* 34. §. 2. *D.* 44. 7. (*de Obl. et act.*)

lungen einer Person und durch eine Sache. Nur in jenem Falle ist, wenigstens bey uns, eine culpa denkbar, es ist also auch die Erörterung jenes Falles allein, die hierher gehört. Diese ist durch die Darstellung der Lex Aquilia erledigt.

Die in dieser Lex gegebene Klage (actio Legis Aquiliae directa) hatte lange nicht in allen den Fällen statt, wo durch Handlungen widerrechtlich Schaden entstand, sondern war in doppelter Hinsicht beschränkt. Sie setzte unmittelbare Verletzung eines Körpers voraus (1),

(1) Ceterum placuit, ita demum directam ex hac Lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: Veluti, si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo, vel descendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum de ponte, aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi poterit: ideoque ipsa Lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus lesum fuerit: sed alio modo alicui damnum contigerit: cum non sufficiat, neque directa, neque utilis

und konnte nur von dem Eigenthümer der beschädigten Sache angestellt werden ([1]).

Beyde Beschränkungen wurden durch das Edikt, und Gewohnheitsrecht aufgehoben: es entstanden actiones utiles für die Fälle, wo nur mittelbar ein Körper beschädigt worden; wo nicht der Eigenthümer, sondern derjenige klagen wollte, dessen Interesse es forderte, daß die Sache nicht beschädigt worden sey ([2]). End-

Legis Aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret. §. 16. *J.* 4. 3. (*ad L. Aquil.*)

(1) DOMINO DARE DAMNAS ESTO *fr.* 2. *pr. fr.* 27. §. 5. *D.* 9. 2. (*ad L. Aquil.*) *fr.* 11. §. 6. *fr.* 43. *D. eod.*

(2) Dies ist hier jeder, der ein dingliches Recht an derselben hat. *Fr.* 11. §. 9. *D.* 9. 2. Eum, cui vestimenta *commodata sunt*, *non posse*, si scissa fuerint, *Lege Aquilia agere*, *Julianus* ait; Sed *domino* eam competere §. 10. An *fructuarius*, *vel usuarius* Legis Aquiliae actionem haberet, *Julianus* tractat: et ego puto melius, *utile judicium ex hac causa dandum. Fr.* 17. *pr. D. eod.* Si dominus servum suum occiderit, *bonae fidei possessori*, *vel ei*, *qui pignori accepit*, *in factum actione tenebitur. Fr.* 17. §. 3. *D.* 7. 1. (*de usufr.*) *fr.* 12. *D.* 9. 2. (*ad L. Aquil.*) *fr.* 30. §. 1. *D eod.* Der Unterschied zwischen dieser Klage, und der actio furti (§. 12.) liegt darin, daß gegen Beschädigungen nicht immer,

lich wurden in allen Fällen, wo widerrechtlich Schaden entstanden war, actiones in factum gegeben ([1]). Hierdurch ward aber nichts, als eine Ausdehnung der Lex Aquilia auf mehrere Fälle bewürkt.

Dies zeigt bey der actio utilis schon der Name; für die actiones in factum liegt der Beweis in der Art, wie diese überhaupt entstanden, und wie dies besonders bey denjenigen der Fall war, die sich auf die Lex Aquilia bezogen:

Fr. 11. *D.* 19. 5. (*de praes. verb.*)

> Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. *Sed et eas actiones, quae Legibus proditae sunt*, si Lex justa, ac necessaria sit, *supplet Praetor in eo, quod Legi*

wie gegen einen Diebstahl, Schutz möglich ist. *Ad eos, qui servandum aliquid conducunt, aut utendum accipiunt, damnum injuria datum ab alio non pertinere, procul dubio est: qua enim cura, aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis injuria det?* *Fr.* 19. *D.* 13. 6. (*commod.*) *fr.* 41. *D.* 19. 2. (*locat.*)

(1) In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio. *Fr.* 33. §. 1. *D.* 9. 2. (*ad L. Aquil.*)

deest: quod facit in Lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas Legi Aquiliae: idque utilitas ejus Legis exigit (¹).

Aus diesem Grunde behandelt auch Theophilus diese actiones in factum eben so, wie die aus der Lex Aquilia selbst: er sagt nämlich, nachdem er die Lehre vorgetragen hat, daß Pönalklagen und Malefizien nicht gegen die Erben gegeben würden, von dieser aber in der Regel angestellt werden könnten: Τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ τῆς in factum (²). Daß dies nur von diesen und nicht von allen actiones in factum gelte, hat doch wohl keinen Zweifel.

Beyde Actionen können demnach nur als Supplemente der actio Legis Aquiliae angesehen werden. Der einzige Unterschied dieser drey Klagen, die die Römer so sorgfältig trennen, kann also nur in dem

(1) Ganz dasselbe findet sich in einem alten griechischen Glossarium S. Brisson. de V. S. v. *factum*.

(2) Theophilus *ad* §. 1. *Inst.* 4. 12. (*de perpet. et temp. act.*)

verschiednen gerichtlichen Verfahren bestehen ([1]), das bey denselben statt hatte. Hieraus folgt, daß eine genauere Bestimmung der Fälle, welche die eine oder andere begründen, nur noch historisches, kein praktisches Interesse für uns haben kann; da uns diese Verschiedenheiten fremd und unbekannt sind. Demnach ist die Untersuchung, welche von diesen Klagen in irgend einem Falle angestellt werden könne, für den Zweck dieser Abhandlung ganz ohne Bedeutung. Es ist also hier allein zu bestimmen, unter welchen Bedingungen, und worauf bey zugefügten Schaden geklagt werden kann?

§. 15.

Die erste und wichtigste Bedingung dieser Klagen ist, daß widerrechtlich (*culpa*) geschadet worden ([2]). Culpa entsteht hier ohne alle Rücksicht auf

(1) Hier verdient das *fr.* 47. §. 1. *D.* 3. 5. (*de negot. gest.*) einer Erwähnung. Nec refert, directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur: *quia in extraordinariis judiciis* (und dies sind doch bey uns alle, da die Trennung von Magistratus, und judex wegfällt) *ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est: maxime, cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum.* Ueber die einzig mögliche Verschiedenheit, die aber nicht statt hat, s. u. §. 18.

(2) Si Servus Servave, *injuria* occisus occisave fue-

eine bestehende Obligation, ohne welche im Allgemeinen keine Verbindlichkeit zur Vornahme von Handlungen vorhanden seyn kann; (§. 9.) sie kann also in der Regel auch nur durch Handlungen begangen werden:

Fr. 13. §. 2. *D.* 7. 1. (*de usufructu*).

De praeteritis autem damnis fructuarius etiam Lege Aquilia tenetur, et interdicto, quod vi aut clam, ut Julianus ait: nam fructuarium quoque teneri his actionibus, nec non furti,

rit, Lex Aquilia locum habet. *Injuria occisum esse merito adjicitur*: *non enim sufficit occisum*, *sed oportet injuria esse factum*. *Fr.* 3. *D. h t.* Collat Leg. Mos. et Rom. Tit. 7. §. 3. In Rücksicht der actio Legis Aquiliae directa, und utilis hat wohl noch niemand hieran gezweifelt, wohl aber in Hinsicht der actio in factum. Daß diese sich hierin ganz nach den andern richte, glaube ich in dem vorigen Paragraphen gezeigt zu haben. Dasselbe beweist sich nochmal durch Vergleichung des *fr.* 151. *D.* 50. 17. (*de Reg. Jur.*) mit *fr.* 33. §. 1. *D. h. t.* Auch in dieser Stelle, aus der man gewöhnlich das Gegentheil zu beweisen sucht, wird die Existenz eines *damnum* erfordert, dieses wird aber nach jenem Fragmente nur dann als vorhanden betrachtet, wenn widerrechtlich, gehandelt worden; es kann demnach auch nur in diesem Falle eine actio in factum angestellt werden.—Hier ist auch das fr. 29. §. 7. D. h. t. nicht ohne Bedeutung.

certum est: sicut quemlibet alium qui in aliena re tale quid commiserit. Denique consultus, quo bonum fuit, actionem polliceri Praetorem, cum competat Legis Aquiliae actio? respondit: *quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio*, ideo Judicem dari, ut ejus arbitratu utatur: *nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, Lege Aquilia non tenetur* (1).

Dolus und culpa sind es also im Grunde allein, die hier vorkommen können. (§. 10. 11.)

Diese begreifen aber alle Handlungen, wodurch widerrechtlich Schaden entstanden ist (§. 8.), das geringste Versehen folglich, dessen man sich bey der Vornahme irgend einer Handlung schuldig gemacht

(1) Es ist wichtig für die Untersuchung über die Terminologie der Alten, daß in dieser Lehre nie von praestatio culpae latae, diligentiae, und custodiae gesprochen wird.

hat, muß hier als culpos angesehen werden, sobald durch dasselbe der Schaden entstanden ist. Dies ist der Sinn der Stelle, die so viele Irrthümer nicht sowohl veranlaßte, als decken sollte: „In Lege Aquilia et culpa levissima venit.“ (1)

§. 16.

Um bey jemand eine Verbindlichkeit zum Schadensersatze zu begründen, wird also erfordert, daß dieser durch seine Handlungen, und daß er widerrechtlich den entstandenen Schaden verursacht habe.

Jenes ist nicht der Fall, sobald die Handlung eines Dritten, oder die des Beschädigten selbst, den Grund desselben enthält (2). Dieses nicht, wenn der Scha-

(1) *Fr.* 44. *pr. D. h. t.* Merkwürdig ist die Combination derjenigen Juristen, die culpa levissima, und omissio diligentiae als gleichbedeutend ansehen, da doch diese hier nicht vorkommen kann. Denn wenn gleich Unterlaßungen, die sich auf frühere selbst nicht culpose Handlungen beziehen, als widerrechtlich angesehen werden können, (*fr.* 27. §. 9. *fr.* 30. §. 3. *D. h. t.*) so sind es doch hier die Handlungen, die den Grund des Schadens enthalten, die also auch als culpos behandelt werden müßen. S. o. S. 42. Sehr geringe Grade von Schuld sind enthalten in *fr.* 7. §. 2. *fr.* 8. §. 1. *fr.* 9. §. 4. *fr.* 10. *D. h. t.* in *fr.* 39. *pr. fr.* 52. *D. eod.* u. a. m.

(2) Natürlich ist es hier in dem ersten Fall der dritte,

dende bestimmt so zu handeln berechtigt war, wie er würklich gehandelt hat ([1]).

Die vorzüglichsten Anwendungen dieses letztern Satzes, die wir in unsrer Gesetzes-Sammlung finden, sind folgende:

der eigentlich den Schaden zugefügt hat und also auch zu dem Ersatze desselben verbunden ist: fr 29. §. 2. fr. 30. §. 3. D. §. 8. J. h. t. in dem letzten Falle muß es sich der Beschädigte selbst zuschreiben. Qui foveas ursorum, cervorumque capiendorum causa faciunt, *si in itineribus fecerunt*, eoque aliquid decidit, factumque deterius est: *Lege Aquilia obligati sunt, at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur.* §. 1. *Haec tamen actio ex causa danda est: id est, si neque denuntiatum est, neque scierit, aut providere potuerit. Et multa hujusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum potuerit. Fr.* 28. *D. h. t. fr.* 203. *D.* 50. 15. (*de Reg. jur.*) *fr.* 9. §. 4. *fr.* 10. 11. *D. h. t. fr.* 29. §. 7 *fr.* 31. *D. eod.* Daher auch *fr.* 7. §. 4. *D. h. t.* und *fr.* 52. §. 1. *D. eod.*

(1) Nemo damnum facit, nisi, qui id fecit, quod facere jus non habet. *Fr.* 151. *D.* 50. 17. (*de Reg. Jur.*) Dies ist nicht der Fall, wenn ich eine Handlung, die ich gegen Titius vorzunehmen berechtigt war aus Versehen gegen Sempronius ausübe. *Qui cum aliter tueri se non possunt, damnum culpa dederint, innoxii sunt.* Vim enim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt. *Sed si defendendi mei causa, lapidem in adversarium misero, et non eum, sed prae-*

a. Wer, um sich gegen die Gewaltthätigkeiten anderer zu schützen, denselben schadet ([1]), ist von aller Verbindlichkeit frey, sobald er nicht die Grenzen der Vertheidigung überschreitet; thut er dies, so nimmt er natürlich eine Handlung vor, zu der er nicht berechtigt war, und ist also zu dem Ersatze des dadurch entstandenen Schadens verbunden. Die Art des Angriffs ist schon nach dem classischen Pandekten-Rechte ganz gleichgültig. Hierin liegt der Grund, daß der nächtliche Dieb schon zu Ulpians Zeiten nur dann rechtlich getödtet werden konnte, wenn kein anderes Mittel vorhanden war, der Gefahr zu entgehen ([2]): da

tereuntem percussero: tenebor Lege Aquilia. Illum enim solum, qui vim infert, ferire conceditur: et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit. *Fr.* 45. §. 4. *D. h. t.*

(1) Dies kann bis zur Tödung gehen, und alsdann kann bey uns da wir keine Sklaven mehr haben, von unmittelbar zugefügten Schaden, die Rede nicht seyn (§. 19.) nichts destoweniger bleibt aber auch dann in Rücksicht auf mittelbar zugefügten Schaden, und auf das Crimminal-Recht diese Bestimmung von Wichtigkeit.

(2) Noch vielweniger ist dieser Satz nach der P. G. O. Art. 150. einigem Zweifel unterworfen. Vergl. Grolman Grundsätze der Crim. Rechts-Wissenschaft (zweyte Aufl.) §. 184.

doch die zwölf Tafeln diese Erlaubniß unbedingt gaben:

Fr. 4. D. h. t. (*Gajus lib. 7. ad Edict. prov.*)

Fr. 5. pr. D. eod. (*Ulpianus lib.* 18. *ad Edict.*) (1)

.. Si servum tuum latronem, insidiantem mihi occidero, securus ero: *nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere* (2).

(1) COLLAT. LEG. MOS. ET ROM. *tit.* 7. § 3. (*Ulpianus lib.* 8. *ad Edict.*) Injuria occisum merito adjicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet injuria esse factum. Proinde si quis servum latronem occiderit, Lege Aquilia non tenetur, quia non (injuria) occidit. Sed et quemcunque alium ferro se petentem qui occiderit, non videbitur injuria occidisse. Proinde, si furem nocturnum, quem Lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem ea quoque Lex permittit, sed ita demum, si se telo defendat, videamus an Lege Aquilia teneatur? Et Pomponius dubitat nunc (num) haec Lex (nämlich die zwölf Tafeln) non sit in usu. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin Lege Aquilia teneatur: Sin autem etc. wie in der im Texte angeführten Stelle. Die Leseart ist hier offenbar verdorben, doch beweist diese Stelle, daß schon lange vor Ulpian über die Anwendbarkeit der zwölf Tafeln gestritten wurde.

(2) ... *Vim enim vi defendere omnes Leges, omniaque jura permittunt* ... *Fr.* 45. §. 4.

Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit....(1). Interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat.... Sed et si quemcunque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur injuria occidisse: *et, si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin Lege Aquilia non teneatur. Sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur:* ergo et Cornelia tenebitur (2).

D. h. t. Fr. 3. *D.* 1. 1. (*de just. et jur.*) *Fr.* 1. §. 27. *D.* 43. 16. (*de vi*)

(1) Cicero *pro Milone c.* 3. Gellius *XI.* 18. Macrobius *Saturnal. I.* 4. f. a. Otto *de Leg. duod tab. c.* 8. (*Ther. III. praef. p.* 30.) und die dort angeführten Schriftsteller.

(2) Sonderbar ist es, daß Noodt (*Prob. lib.* 1. *c.* 9. *ad Leg. Aquil. cap.* 5.) hier einen Fehler Ulpians vermuthet. Viel natürlicher ist es doch gewiß das „*maluit*" zu premiren: dann würde die Stelle nur von dem Falle zu verstehen seyn, wo der Tödende mit Ueberlegung gehandelt hat, und so ver-

Fr. 9. *D.* 48. 8. (*ad Leg. Corn. de Sic.*) (*Ulpianus lib.* 37. *ad Edictum*).

Furem nocturnum, si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.

b. Der Vater oder Mann können, wenn nur die nach der Lex Julia de adulteriis erforderliche Bedingnisse vorhanden sind, den von ihnen ertapten Ehebrecher ohne Furcht des Ersatzes des hierdurch entstehenden Schadens umbringen (1).

standen ist diese Folge gewiß keinem Zweifel unterworfen. Daß überhaupt nicht jede Möglichkeit, auch in Rücksicht der Verbindlichkeit zum Ersatze berücksichtigt werden könne, ergiebt sich schon daraus, daß es der Getödete selbst war, der den andern in diese Verlegenheit versetzte. Hierdurch wird auch Schultings (*ad* Collat. Leg. Mos. et Rom. *l. c. not.* 14. *in fin.*) Ausflucht überflüssig.

(1) Qui occidit adulterum deprehensum, servum alienum, hac Lege non tenebitur. *fr.* 30. *pr. D. h. t.* Paulus *lib. II. tit.* 26. §. 1. ... Permittitur patri, tam adoptivo, quam naturali adulterum cum filia, cujuscunque dignitatis domi suae, vel generi sui deprehensum sua manu occidere. — — §. 7. Inventa in adulterio uxore, maritus ita demum adulterum occidere potest, si eum domi suae deprehendat. Collat. Leg. Mos. et Rom. *tit.* 4.

c. Wenn Feuer entsteht, so hat es keinen Zweifel, daß der Polizeybeamte berechtigt ist, durch Niederreisung von Gebäuden dem zu befürchtenden Schaden zuvorzukommen zu suchen. Er kann deßwegen auch nie zur Bezahlung des Werthes derselben angehalten werden. Zweifelhafter ist es, ob dies Recht auch einem Privatmanne zustehe: denn der Eigenthümer der Gebäude hat eben so großes Recht auf den Schutz des Staates gegen fremde Eingriffe in sein Eigenthum, als der andere zu fordern, daß es ihm erlaubt sey, sich und andern die Hülfe selbst zu leisten, die ihm doch der Staat angedeihen lassen würde; besonders da es oft zu spät werden müste, wenn er leztere abwarten sollte.

Daher ist auch diese Frage von verschiedenen Juristen verschieden beantwortet worden. Labeo und Servius sprechen ihm dies Recht völlig ab, und erklären ihn, wenn würklich Schaden entstanden ist, d. i. wenn das Feuer früher gelöscht wor-

§. 12. *fr.* 24. *D* 48. 5. (*ad L. Jul. de adult.*) QUINTILIAN *Inst. Orat. lib.* 5. *cap.* 10. BRISONIUS *ad Leg. Jul. de adult. c.* 3. 4. 5.

den, als es zu dem niedergerissenen Gebäude drang, zum Ersatze desselben verbindlich: Celsus und Ulpian räumen es ihm ein. Die Meinung der letztern, ohnehin die spätere, und vielleicht deßwegen die billigere, ist durch die Aufnahme Justinians für uns die gesetzliche geworden:

Fr. 49. §. 1. *D. h. t.*

Quod dicitur damnum injuria datum Aquilia persequi, sic erit accipiendum, *ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno injuriam attulerit: nisi, magna vi cogente, fuerit factum, ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia, vicinas aedes intercidit, nam hic scribit cessare Legis Aquiliae actionem:* justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit; *et sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat, Legis Aquiliae actionem cessare.*

Fr. 7. §. 4. D. 43. 24. (Quod vi, aut clam.)

Est et alia exceptio, de qua *Celsus* dubitat (1), an sit objicienda, ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, et quod vi aut clam mecum agatur, *aut damni injuria.* Gallus enim dubitat, an excipi oporteret, *quod incendii defendendi causa factum non sit? Servius* (2) *autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse. Privato non esse idem concedendum, si tamen quid vi aut clam* factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam, *si pervenisset, absolvi eum*

(1) D. i. „von welcher „Celsus glaubt, daß sie „opponirt werden könne." Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich schon aus der vorhergehenden Stelle: mehreres hat zu ihrem Beweise: NOODT *ad Leg. Aquil.* c. 6. und 19. Derselbe glaubt statt *Gallus* müsse man nochmal *Celsus* lesen.

(2) Wie Noodt (*ad Leg. Aquil.* c. 19) diese Meinung mit der von Ulpian, und Celsus als eine betrachten kann, sehe ich nicht ein.

7.

oportere. Idem ait esse, si damni injuria actum foret: quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur, aeque perituris aedibus. Quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit: non idem erit dicendum, quia non ex postfacto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit, necne, aestimari oportere Labeo ait.

Fr. 3. §. 7. *D.* 47. 9. (*de incend. ruin. naufr.*)

Quod ait Praetor de damno dato, ita demum locum habet, si dolo malo damnum datum sit, nam si dolus malus absit, cessat edictum. Quemadmodum ergo procedit quod *Labeo* scribit, si defendendi mei causa vicini aedificium orto incendio dissipaverim; et meo nomine, et familiae, judicium in me dandum? cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo. *Puto igi-*

tur non esse verum quod Labeo scribit. An tamen Lege Aquilia agi cum hoc possit? et non puto agendum, nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset, et ita Celsus scribit.

d.) Wer in Gemäßheit seines Amtes handelt, ist, so lange dies würklich der Fall ist, für die Folgen seiner Handlungen keineswegs verhaftet. Daher ist der Beamte, der gegen einen Widerspenstigen strenge verfährt, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen, nicht verbunden, wohl aber, wenn er ohne Noth Gewalt braucht, oder die ihm vertraute Sachen beschädigt:

Fr. 29. §. 7. *D. h. t.*

Magistratus municipales, si damnum injuria dederint, posse Aquilia teneri. Nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset, *et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre:* in factum actio danda est. Item si, dum putat se ex lege

capere pignus, non ex lege ceperit: *et res tritas corruptasque reddat: dicitur Legem Aquiliam locum habere, quod dicendum est, et si ex lege pignus cepit. Si quid tamen magistratus adversus resistentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia. Nam et cum pignori servum cepisset, et ille se suspenderit, nulla datur actio.*

Bey uns tritt immer hier noch der besondere Grund hinzu, daß es der Beschädigte selbst ist, der auf den Ersatz des entstandenen Schadens Anspruch machen könnte, und der auch Ursache desselben war.

§. 17.

Da es nur widerrechtliche Handlungen sind, die die Verbindlichkeit zum Ersatze begründen können, so folgt, daß diejenigen, die jener nicht fähig sind, auch diese nicht haben können. Aus diesem Grunde ist der Wahnsinnige nie, und der Pupill nur dann

verbunden, wenn er schon einer culpa fähig ist [1].

Gegen diesen Satz sind mehrere, zum Theil sehr scharfsinnige Zweifel erhoben worden: es wird deßwegen der Mühe werth seyn dieselben, neben dem Beweise meiner Behauptung, der in der bisherigen Darstellung liegt, noch einer genauern Prüfung zu unterwerfen.

Die wichtigsten Gründe derjenigen, die die entgegengesetzte Meinung vertheidigen, bestehen in einer Combination von allgemeinen Grundsätzen mit einigen Stellen von römischen Juristen. Gleiche Behandlung der einzelnen im Privatrechte, sagt man, und gleiche Rechtssicherheit sey das erste, was im Staate

(1) *Fr.* 5. §. 2. *D. h. t.* Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an Legis Aquiliae actio sit. Et Pegasus negavit. Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? et hoc est verissimum: cessabit igitur Aquilia actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat: aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quod si impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax.

vorhanden seyn müsse: diese Gleichheit falle aber weg, wenn der furiosus nicht eben so, wie jeder andere Bürger den durch ihn verursachten Schaden ersetzen muß, da doch andere gegen ihn diese Verbindlichkeit haben. Aus diesem Grunde erkläre auch eine Stelle ([1]) den furiosus et pupillus ubi actio ex re venit, d. i.

(1) Furiosus, et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti, si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, *vel damnum in eo pupillus dederit.* Nam judicio communi dividundo obligabuntur. Fr. 46. D. 44. 7. (de O. et A.) In dieser Verbindung liegt der wichtigste Grund für die gegentheilige Meinung: alle übrigen sind zu unbedeutend, um einer Widerlegung zu bedürfen; und beziehen sich doch immer auf den Satz, daß überhaupt ohne widerrechtliche Handlung die Verbindlichkeit zum Ersatze vorhanden seyn könne (§. 15). So sagt z. B. *fr.* 11. §. 2. *D.* 48. 19. (*de poen.*) weiter nichts, als man könne dolo, lascivia, und culpa delinquiren. (Vielleicht können hier *fr.* 5. §. 2. *D. eod.* und die oben S. 65. n. 1. von mir gegebene Erklärungen, diese Behauptung noch mehr erläutern). Die Richtigkeit dieses Satzes beweist die ganze Lex Aquilia, desto unbedeutender ist er aber für das, was er beweisen soll. — Eben so unwichtig ist das *fr.* 25. §. 2. *D.* 36. 1. (*ad SCtum. Treb.*) da es in dem dort erörterten Falle doch immer die Handlung des Erben ist, zu der er nicht berechtigt war, die den Grund des Schadens enthält; also doch im Grunde culpa vorhanden ist. Thibaut Versuche Thl. II. Abh. 8. p. 210—12. Weber natürliche Verbindlichkeit §. 71.

unter andern wenn durch sie geschadet worden, zu dem Ersatze verbindlich, und zwar so, daß, wenn dies ohne Beziehung auf eine obligatio geschehen, dieser durch eine actio in factum eingeklagt werde (1). Alle Stellen, die beyde von dieser Verbindlichkeit frey sprechen, müsten von solchen Fällen erklärt werden, wo culpa erfordert würde.

Der Hauptfehler dieser Meinung liegt, wie ich glaube, in der falschen Ansicht der actio in factum, und in der Unrichtigkeit des Untersatzes. Von ersterer habe ich nicht mehr nöthig zu reden, da ich schon oben die Sache genauer bestimmt habe. Mit ihr fällt die so sehr nöthige Ausflucht gegen die deutlichsten Stellen der Alten weg (2): diese bekommen also völlige Beweiskraft.

Die letzte folgt daraus, daß sich aus demselben Obersatze die gerade entgegengesetzte Folgen ableiten

(1) *Fr.* 33. §. 1. *D. h. t.* .... Impune autem puto admittendum, quod per furorem alicujus accidit: quomodo si casu aliquo, sine facto personae id accidisset. *Fr.* 61. *D.* 26. 7. (*de adm. et per. tut.*)

(2) Quod infans, vel furiosus possessor perdidit, vel corrupit, impunitum est. *Fr.* 60. *D.* 6. 1. (*de Rei Vind.*)

lassen: denn da der furiosus nicht schlimmer gehalten seyn darf, wie jeder andere, so kann er auch nicht leichter obligirt werden, was doch der Fall seyn würde, wenn er dazu ohne culpa verbunden werden könnte, wozu bey jenen culpa erfordert wird. Nur bey Sachen tritt der Grundsatz ein, daß man sich unbedingt an dieselben halten kann, sobald durch sie Schaden entstanden ist, und als solche kann doch der furiosus nie angesehen werden.

Der ganze Beweis der gegentheiligen Meinung reduzirt sich also auf das *Fr.* 46. *D.* 44. 7. ist dieses anders zu erklären, so sinkt sie ganz. Wenn ich nicht irre, so liegt eine andere, und mit dem Bisherigen völlig übereinstimmende Erklärung in der Stelle selbst (1). Es kann auf verschiedne Weise eine obligatio ex re entstehen, und sobald diese würklich vorhanden ist, so hat es keinen Zweifel, daß auch der Wahnsinnige und Pupill ohne Curator und Tutor verbunden sind: aber in allen diesen Fällen wird doch vorausgesetzt, daß würklich eine solche entstanden sey. Daß dieses durch

(1) Dieselbe Erklärung giebt schon Weber von der Natürl. Vbind. (dritte Ausgabe) §. 71. S. 267. fgde.

Schadenszufügung geschehen könne, sagt Paulus, der hier so genau unterscheidet, nur von dem Pupillen, welcher allerdings, wenn er pubertati proximus ist, sich einer culpa schuldig machen, und also ex Lege Aquilia gehalten seyn kann, aber nicht von dem furiosus, bey dem doch die Sache den meisten Zweifeln unterworfen ist. Die Stelle gegen die deutlichsten Bestimmungen, und alle Analogie auch auf diesen auszudehnen, haben wir gewiß kein Recht.

§. 18.

Eine fernere Folge davon, daß diese Verbindlichkeit aus einer widerrechtlichen Handlung entsteht, ist, daß die ihr entsprechende actio als Pönalklage behandelt wird.

Ich weiß, daß Justinian einen von diesem sehr verschiednen Grund angiebt ([1]), doch spricht sich die

([1]) His autem verbis Legis, *quanti in eo anno plurimi fuerit*, illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, et pretiosus fuerit, non tanti is teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. *Qua ratione creditum est poenalem es-*

wahre Ansicht der Römer zu deutlich aus, als daß man sie einer spätern Idee, die ganz ohne praktische Folgen ist, nachsetzen sollte. Jede Klage aus einer widerrechtlichen Handlung kann nicht anders, als pönal seyn; der Umstand, ob sie allein auf den entstandenen Schaden geht, oder ob sie mehr als dieser enthält, ist ganz ohne Bedeutung. Der Beweis dieses Satzes liegt theils in der völlig gleichen Behandlung der von Justinian (1) so genannten actiones mixtae mit

se hujus legis actionem: quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat in heredem eam actionem non transire: quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur. §. 9. *Inst. h. t.*

(1) §. 18. 19. *J.* 4. 6. (*de act.*) Ex maleficiis vero proditae actiones, aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt: aliae tam poenae, quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt. Poenam tantum persequitur quis actione furti. Sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti, dupli: de sola poena agitur. Nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens: sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei. Vi autem bonorum raptorum actio, mixta est. Quia in quadruplo rei persecutio continetur: poena autem tripli est. Sed et Legis Aquiliae actio de damno injuriae, mixta est; non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quis-

den reinen Pönalklagen, theils in folgenden Stellen:

Fr. 9. §. 8. *Fr.* 10. 11. *D.* 42. 5. (*de reb. auct. jud. possid.*)

Si possessionis causa deterior facta esse dicetur dolo ejus qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur, *quae neque post annum*; ([1]) *neque in heredes, ceterosque successores dabitur: cum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur.* Nisi quatenus ad eum pervenit. Heredi autem dabitur: quia et *rei continet persecutionem.*

que agit: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit, (tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit), secundum jam traditam divisionem. Daß die Condictio furtiva von dem von mir behaupteten Satze keine Ausnahme macht, folgt schon daraus, daß sie nicht sowohl aus einem Delikt entsteht, sondern die Sachen, die jemand durch ein Delikt *sine causa* besitzt, durch sie zurückgefordert werden.

(1) *Fr.* 35. *pr. D.* 44 7. (*de Obl. et Act.*)

Fr. 7. §. 2. D. 27. 6. (Quod falso tut. auct. gestum).

Quod ait Praetor, *quanti ea res erit*, magis puto, *non poenam, sed veritatem* his verbis contineri.

Fr. 9. D. eod.

Hujus actionis (1) exemplo Pomponius libro trigesimo primo scribit, dandam actionem adversus eum qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius. *Has in factum actiones heredibus quidem competere, ceterisque successoribus, in eos vero non reddi Labeo scribit, nec in ipsum post annum: quoniam et factum puniunt, et in dolum concipiuntur: et adversus eas personas, quae alieno juri subjectae sunt, noxales erunt* (2).

(1) Was also von dieser der in dem vorigen Fragmente nachgebildeten gesagt wird, gilt auch von ihr.

(2) Besonders beweisend ist es hier, das die durch noxae deditio, bey der doch gewiß kein Vortheil heraus-

Hier werden also einigen Klagen alle die Folgen beygelegt, die gewöhnlich mit Pönalklagen verbunden sind, und dies deßwegen, weil sie aus einer widerrechtlichen Handlung entstehen. Daß dies, und nicht eine erhöhte aestimatio der Grund sey, sagen diese Stellen ausdrücklich: zudem ist letztere hier gar nicht denkbar, da es nur der wahre Schaden ist, der durch sie verfolgt wird. Anders können doch wohl die Ausdrücke rei veritas, rei persecutio hier nicht verstanden werden. Es ist also erwiesen, daß eine Klage pönal seyn, und doch nur den Ersatz des entstandenen Schadens enthalten kann. Daß dies auch bey der actio Legis Aquiliae (1) der Fall sey, wird sich noch

kam, erworbene Sachen als ex causa lucrativa erworben angesehen werden. .... Ceterum *si noxae deditus quis sit*, Pomponius putat passurum exceptionem, quam ille pateretur qui noxae dedit. *Proinde ex quacunque alia causa quae prope lucrativam habet adquisitionem*, quaesisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona ejus in cujus locum successit.... *Fr.* 4. §. 31. *D.* 44. 4. (*de dol. mal. et met. except.*)

(1) Merkwürdig ist wie sich Noodt der diesen Satz weder besonders anzuführen, noch zu beweisen für nöthig hält, bey einer andern Gelegenheit äussert (*ad Leg. Aquil. c.* 10.) „Aquilia natura „poenalis habetur, persecuto„ria non habetur, praeterquam „per occasionem."

mehr aus der Vergleichung der Eigenheiten einer Pönalklage mit den ihrigen ergeben.

1.) Sie hat gegen mehrere Schadende in solidum statt, und zwar so, daß die Zahlung des einen die übrigen nicht befreyt ([1]).

(1) *Fr.* 11. §. 2. *D. h. t.* Sed si plures servum percusserint: utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus. Et si quidem apparet, cujus ictu perierit ille, quasi occiderit, tenetur. Quod si non apparet: *omnes, quasi occiderint, teneri, Julianus ait, et, si cum uno agatur, ceteri non liberantur. Nam, ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena....* §. 4. *Si plures trabem dejecerint, et hominem oppresserint: aeque veteribus placet, omnes lege Aquilia teneri. Fr.* 51. §. 2. *D. eod.... Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit: cogitet, longe absurdius constitui, neutrum Lege Aquilia teneri: aut alterum potius: cum neque impunita malecfiia esse oporteat: nec facile constitui possit, uter potius Lege teneatur.* Multa autem jure civili, contra rationem disputandi, pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest. Unum interim posuisse contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi causa, sustulerint, quam singuli ferre non possent: furti actione omnes teneri existimantur: quamvis subtili ratione dici possit, neminem eorum teneri: quia neminem verum sit eam sustulisse. *Fr.* 21. §. 9. *D.* 47. 2. (*de furtis*) *fr.* 1. § 19. *D.* 47. 4. (*si is, qui test. lib. ess.*) *fr.* 8. *D.* 2. 1. (*de Jurisd.*) *fr.* 21. *D.* 40. 12. (*de lib. caus.*) u. a. m.

2.) Concurrirt sie mit mehreren Pönalklagen, so werden diese so wenig durch sie, wie sie durch die andern consumirt ([1]).

3.) Sie kann nie gegen die Erben des Beschädigers angestellt werden, wenn dieselbe nicht zufällig durch den entstandenen Schaden reicher geworden sind, oder der Prozeß gegen ihren Erblasser schon seinen Anfang genommen hatte ([2]). Lauter Folgen,

(1) *Fr.* 2. *D.* 47. 1. (*de delict. priv.*) Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur. Neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. §. 1. Qui igitur hominem subripuit, et occidit: quia subripuit furti, quia occidit, Aquilia tenetur. Neque altera harum actionum alteram consumit. §. 2. Idem dicendum, si rapuit, et occidit: nam et vi bonorum raptorum, et Aquilia tenebitur. Die Richtigkeit dieses, im ältern Rechte sehr bestrittenen Satzes hat wohl nach neuerem keinen Zweifel. Dies zeigt sowohl die Stelle dieses Fragments, als ein anderes von Hermogenian. *Fr.* 32. *D.* 44. 7. (*de Obl. et Act.*) Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones... omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit. SAVIGNY *de concursu delict. formal.* §. 4 — 8.

(2) *Fr.* 23. §. 8. *D. h. t.* Hanc actionem et heredi, ceterisque successoribus dari constat. Sed in heredem, vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis: nisi forte ex damno locupletior heres factus sit. C. *un. C.* 4.

die sich sehr wohl durch meine, nicht aber durch Justinians Ansicht erklären lassen.

Die heutige Anwendbarkeit dieser Sätze, und besonders die des letzten wird von einigen unsrer ausgezeichendsten Männer bezweifelt, doch wie ich glaube, ohne Grund.

Es läßt sich freylich nicht läugnen, daß die meisten Pönalklagen zum Theile aus Mangel des Gegenstandes, zum Theile aus Gründen, die in unserer Verfassung liegen, wegfallen. So muß mit dem album Praetoris die actio de albo corrupto aufhören; so die actio furti, da bey uns eine gute Polizey einen überwiesenen Dieb gewiß nicht ungestraft lassen wird. Aber hierdurch ist für die übrigen Fälle noch nichts bewiesen, und zu diesen gehört wohl ohne Zweifel die actio Legis Aquiliae.

17. (*de del. def.*) Post litis contestationem eo, qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit, defuncto successores ejus in solidum, alioquin in quantum ad eos pervenit, conveniri, juris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur, Cod. Hermog. *tit.* 2. *c.* 1. *fr.* 38. *fr.* 111. §. 1. *D.* 50. 17 (*de Reg. Jur.*) *fr.* 1. *D.* 47. 1. (*de del. prio.*)

Noch weniger Grund hat die Behauptung für sich, daß durch das canonische Recht den Erben die Verbindlichkeit aufgelegt sey, den von dem Erblasser zugefügten Schaden aus dem hinterlassenen Vermögen zu ersetzen. Die für diese Meinung angeführte Stellen (1) beweisen, wie ich glaube, vielmehr das Gegentheil, da sie nicht die weltliche, sondern nur die geistliche Gewalt hinreichend halten, die Erben zu zwingen für das Seelenheil ihres Erblassers zu sorgen.

(1) *C.* 14. *X.* 3. 28. (*de sepulturis*) Parochiano tuo, qui excommunicatus pro manifestis excessibus, videlicet homicidio, incendio, violenta manuum injectione in personas Ecclesiasticas, Ecclesiarum violatione vel incestu fuit, dum ageret in extremis per presbyterum suum juxta formam Ecclesiae obsolutus, non debent coemeterium, et alia Ecclesiae suffragia denegari. *Sed ejus heredes, et propinqui, ad quos bona pervenerunt ipsius* (also solche, die keine Erben sind: z. B. Lehnfolger — soll wohl gar auch bey diesen eine Verbindlichkeit behauptet werden?) *ut pro eodem satisfaciant, censura sunt Ecclesiastica compellendi* *C.* 5. *X.* 5. 17. (*de raptoribus.*) (bey Gelegenheit desselben Falles) ... Qua propter, si ita res se habet, mandamus, ut corpus ejusdem appellatione cessante facias in coemeterio sepeliri, *et heredes ejus moneas, et compellas, ut his, quibus ille per incendium, vel alio modo damna contra justitiam irrogaverat, juxta facultates suas condigne satis faciant, ut sic a peccato valeat liberari.*

Hier wird es der Ort seyn noch zweyer Folgen dieser Eigenschaft zu erwähnen, wovon die eine bey uns nicht mehr statt haben kann, die andere aber wohl nie statt gehabt hat.

Die erste ist, daß, wenn jemand, der einer fremden Gewalt unterworfen ist, Schaden zugefügt hatte, es dem Herrn desselben frey stand, durch noxae deditio der aestimatio litis zu entgehen ([1]). Da wir nun keine Sklaven mehr haben, die noxae deditio der in der väterlichen Gewalt stehenden Kinder ([2]) aber schon

(1) *Fr.* 1. *D.* 9. 4. (*de nox. act.*) Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur: quarum actionum vis, et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem. §. 4. J 4 8. (*de nox. act.*) Sunt autem constitutae noxales actiones aut Legibus, aut edicto Praetoris. *Legibus*, *veluti*... *damni injuriae ex Lege Aquilia.*

(2) §. 7. *Inst.* 4. 8. (*de nox. act.*) Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et foeminis admisere: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum, et maxime filiam, in noxam alii dare: ut pene per (filii) corpus pater magis quam filius periclitetur: cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludat? Et ideo placuit in servos tantummodo noxa-

zu Justinians Zeiten aufgehört hatte, so muß diese Folge aus Mangel des Gegenstandes wegfallen.

Die andere ist die, daß die actio in factum Legi Aquiliae accommodata als prätorische und Pönalklage eigentlich nur ein Jahr dauern sollte (1). Gewiß ein sehr wichtiger Grund wider die Anwendung der Regel, daß alle diese Klagen in so kurzer Zeit erlöschen, [die ohnehin nicht ohne Ausnahmen ist (2)] auf den vorliegenden Fall, liegt in dem gänzlichen Stillschweigen der römischen Juristen, die auf uns gekommen

les actiones esse proponendas: cum apud veteres Legum commentatores invenerimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.

(1) In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, *ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum.* Honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur.... *Fr.* 35. *pr. D.* 44. 7. (*de Obl. et Act.*) *fr.* 7. §. 2. *fr.* 9. *D* 27. 6. (*quod fals. tut.*) *fr.* 9. §. 8. *fr.* 10. 11. *D.* 42. 5. (*de reb. auct. jud. poss.*)

(2) Fr. 13. pr. D. 11. 3. (*de Servo corrupto.*) Haec actio (*de serv. corr.*) *perpetua* est, non temporaria, et heredi, ceterisque successoribus competit: in heredem non dabitur, *quia poenalis* est. Daß die actio de servo corrupto eine prätorische Klage sey hat doch wohl keinen Zweifel.

sind. Verbindet man hiermit den Umstand, daß die actio in factum der actio Legis Aquiliae völlig nachgebildet ist (1), und das so sehr Schwankende der Grenze zwischen der actio utilis und in factum, so wird es gewiß unwahrscheinlich, daß je ein Jurist diesen Satz behauptet habe.

§. 19.

Die zweyte Bedingung dieser Klagen ist die, daß der entstandene Schaden einer Schätzung fähig ist; ist dies nicht der Fall, so muß mit dem Gegenstande, worauf geklagt werden könnte, natürlich auch die Klage selbst wegfallen.

Aus diesem Grunde kann ein freyer Mensch, wenn er widerrechtlich beschädigt worden, zwar auf den ihm dadurch verursachten Schaden; also auf Curkosten, und auf das klagen, was er weniger verdient hat, und in der Folge noch verdienen kann; in Rücksicht der Schmerzen aber, oder deßwegen, daß er sehr entstellt worden, auf keine Weise eine Entschädigung fordern (2).

(1) *Fr.* 11. *D.* 19. 5. (*de Praes. Verb.*) S. 0 S. 84.

(2) *Fr.* 5. §. 3. *D. h. t.* .. Proponitur autem apud eum

§. 20.

Durch die bisherige Darstellung ist die erste der hier zu erörternden Fragen beantwortet: (§. 14.) es ist also nur zu bestimmen übrig, worauf diese Klagen angestellt werden können? Schon im Bisherigen wurde immer vorausgesetzt, daß dies der Ersatz des ent-

species talis: Sutor, inquit, puero discenti, ingenuo, filiofamilias, parum bene facienti, quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur Julianus, injuriarum quidem actionem non competere: quia non faciendae injuriae causa percusserit, sed monendi, et docendi causa. An ex locato, dubitat: quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti. Sed Lege Aquilia posse agi, non dubito. *Fr.* 6. Praeceptoris enim nimia saevitia culpae adsignatur. *Fr.* 7. *pr.* Qua actione patrem consecuturum ait, quod minus ex operis filii sui propter vitiatum oculum sit habiturus: et impendia, quae pro ejus curatione fecerit. *Fr. ult. D.* 9. 3. (*de his qui eff. vel dej.*) Cum liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum, effusumve quid erit, laesum fuerit; judex computat mercedes medicis praestitas, ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. Cicatricium autem, aut deformitatis nulla sit aestimatio: quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. *Fr.* 13. *pr. fr.* 23. §. 1. *h. t. fr.* 3. *D.* 9. 1. (*si quad. paup. fer. dic.*) COLLAT. LEG. MOS. ET ROM. *tit.* I. §. 11. ibique SCHULTING. BYNKERSHOEK *obs. II.* 5. NOODT *ad Leg. Aquil. c.* 2.

standenen Schadens sey: es ist also hier vorzüglich nur noch zu untersuchen, wie dieser bestimmt werden müsse?

Jede Sache kann einen doppelten Werth haben: einen, den sie für jeden Besitzer, der sich in den Verhältnissen des Beschädigten befände, haben würde; und einen andern, der erst durch die besondere Vorliebe des Eigenthümers entsteht. Nur der erste kann hier berücksichtigt werden: zu diesem aber wird nicht allein der Schaden gerechnet, der unmittelbar durch die Beschädigung entstanden ist, sondern jeder, der ohne sie würde vermieden worden seyn:

Fr. 33. *pr. h. t.*

> Si servum meum occidisti: *non affectiones aestimandas esse puto:* (1) veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles: *sed quanti omnibus valeret.*

(1) Eine sonderbare Meinung Godefrois ist es hier das Fr. 54. *D.* 17. 1. (*mandati*) als widersprechend anzuführen, da doch dort bey einem *contractus bonae fidei* sehr gut das Gegentheil gelten kann.

Sextus quoque Pedius ait, pretia rerum, non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. Itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset; *in Lege enim Aquilia damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur.*

Fr. 21. §. 2. *D. eod.*

Sed utrum corpus ejus solum aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur: an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? (1) *et hoc*

(1) Illud non *ex verbis Legis*, sed *ex interpraetatione* placuit: *non solum perempti corporis aestimationem habendam esse*, secundum ea quae diximus: *sed eo amplius, quidquid praeterea perempto eo corpore, damni nobis illatum fuerit.* §. 10. *Inst. h. t.*

jure utimur, ut ejus, quod interest, fiat aestimatio. (1)

Da hier nicht von der Restitution einer Sache die Rede ist, sondern von einer obligatio, deren

(1) Einige der wichtigsten Anwendungen dieser Regel sind in folgenden Stellen enthalten: *fr.* 22. *D. h. t.* Proinde, si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi: utilitas venit in hoc judicium. Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex commoedis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum, vel unam occiderit. *Non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et ejus ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt. Fr.* 23. §. 4. *D. eod.* Sed et si servus, qui magnas fraudes in meis rationibus commiserat, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaveram, ut fraudium participes eruerentur: *rectissime Labeo scribit, tanti aestimandum quanti mea intererat, fraudes servi per eum commissas, detegi, non quanti noxa ejus servi valeat*... §. 6. *In summa omnia commoda, quae intra annum, quo interfectus est, pretiosiorem servum facerent, haec accedere ad aestimationem ejus, dicendum est. Fr.* 37. §. 1. *D. eod.* Si quadrupes, cujus nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est, et cum eo Lege Aquilia agitur, *aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam ejus, in quo de pauperie actio est, referri debet: et tanti damnandus est is, qui occidit, judicio Legis Aquiliae, quanti actoris interest, noxae potius deditione defungi, quam litis aestimatione. Fr.* 55. *D. eod.* Doch kann dies freylich öfter sehr

Größe, wenn gleich ihre Existenz gewiß ist, erst durch aestimatio bestimmt werden muß, so ist es nothwendig, daß ein gewisser Zeitraum festgesetzt sey, wodurch der Werth der Sache bestimmt werden kann. Dieser wird hier immer rückwärts gerechnet, und ist nach der Art der Beschädigung verschieden.

Ist ein (Sklave, oder) Hausthier (1) getödet, so ist er ein Jahr: der höchste Werth also, den die Sache in demselben hatte, ist es, der eingeklagt werden kann (2). In allen übrigen Fällen bestim-

schwer oder gar nicht zu erweisen seyn. *Fr.* 41. 42. *D. h. t. fr.* 27. — 32. *D.* 47. 2. (*de furtis*)

(1) Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes quae pecudum numero sunt, et gregatim habentur: veluti oves, caprae, boves, equi, muli, asini: sed, an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur. Et recte Labeoni placet, contineri. Sed canis inter pecudes non est. Longe magis bestiae in eo numero non sunt: veluti ursi, leones, pantherae: elefanti autem, et cameli, quasi mixti sunt: nam et jumentorum operam praestant, et natura eorum fera est: et ideo primo capite contineri eas oportet. *Fr.* 2. §. 2. *D. h. t.*

(2) Lege Aquilia capite primo cavetur: QUI SERVUM SERVAMVE, ALIENUM, ALIENAMVE, QUADRUPEDEMVE PECUDEM INJURIA OCCIDERIT: QUANTI ID IN EO ANNO PLURIMI FUIT, TANTUM AES DARE

men die verflossenen dreisig Tage die Größe der Verbindlichkeit (1).

Der Umstand, daß hier rückwärts gerechnet wird, erklärt sich sehr leicht. Soll einmal ein anderer Zeitpunkt berücksichtigt werden, als wie der, wo die widerrechtliche Handlung vorgenommen worden, so muß dies ein vergangener seyn, da sich sonst die Größe der obligatio sehr selten mit Gewißheit ausmitteln lassen würde. Sehr natürlich ist es aber doch gewiß

DOMINO DAMNAS ESTO. *Fr.* 2. *pr. D. h. t.* *Ait Lex:* QUANTI IS HOMO IN EO ANNO PLURIMI FUISSET *quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est.* Annus autem *retrorsus* computatur, ex quo quis occisus est... *Fr.* 21. *pr.* §. 1. *D. eod. Fr.* 23. §. 3. 5. 7. *D. eod.*

(1) CETERARUM RERUM PRAETER HOMINEM, ET PECUDEM OCCISOS, SI QUIS ALTERI DAMNUM FAXIT, QUOD USSERIT, FREGERIT, RUPERIT INJURIA, QUANTI EA RES FUIT IN DIEBUS TRIGINTA PROXIMIS, TANTUM AES DOMINO DARE DAMNAS ESTO. *Fr.* 27. §. 5. *D. h. t.* Die Leseart Haloanders „fuit" statt „*erit*" ist wohl ohne Zweifel der gewöhnlichen vorzuziehen. Dies beweist theils der Zusammenhang dieser Lehre, theils die Worte der Institutionen: „*ex hoc tamen capite non quanti* „*in eo anno, sed quanti* „*in diebus triginta proximis* „*res fuerit, obligatur is qui* „*damnum dederit.*" §. 14. *h. t.*

die aestimatio nicht auf den letzten Zeitpunkt zu beschränken, da es ohnehin kaum möglich ist, alles Interesse zu beweisen, und der Beschädigte doch zuverlässig eher Begünstigung verdient, als der Schadende.

Diese Art zu rechnen kann öfter einige Schwierigkeiten veranlassen: dies ist der Fall, wenn sich der würklich zugefügte Schaden in dem Augenblicke der Beschädigung noch nicht völlig äussern kann. Hier kann es häufig zweifelhaft werden, ob er als schon zugefügt bey der aestimatio berücksichtigt werden, oder als zukünftig von derselben ausgeschlossen seyn soll.

Um dieses zu bestimmen, ist es wichtig, ob derselbe schon itzt gewiß ist, oder doch in der Folge gewiß werden kann, oder nicht. Ist jenes der Fall, so wird es so angesehen, als wenn die Handlung gleich von Anfang ihre volle Würkung hervorgebracht hätte, und nur dann, wenn ein andrer Umstand dieselbe verhindert, die Sache nachher nach der Wahrheit berichtigt: ist dieses, so wird auf die ungewisse Folge gar keine Rücksicht genommen.

Dieser Unterschied liegt sehr in der Natur der Sache, da nur in jenem Falle würklich in dem Au-

genblicke der Handlung Schaden zugefügt worden; in diesem aber nur ein ungewisser und zukünftiger vorhanden ist, der eben um deßwillen gar nicht geschätzt werden kann.

Die bedeutendste Anwendung der ersten Regel, die zugleich zu ihrer Erläuterung und zu ihrem Beweise dienen kann, liegt in folgendem Falle.

Ist ein Sklave tödlich verwundet worden, so wird es, wenigstens nach der von Justinian, und wahrscheinlich schon viel früher gebilligten Meinung, so angesehen, als wenn er in diesem Augenblicke getödet worden wäre:

Fr. 21. §. 1. *D. h. t.* (*Ulpianus lib.* 18. *ad Edictum*).

...Quod si *mortifere fuerit vulneratus, et postea post longum intervallum mortuus sit: inde annum numerabimus*, secundum Julianum, *ex quo vulneratus est:* licet Celsus contra scribit.

Fr. 46. D. eod. (Ulpianus lib. 50. ad Sabinum).

Fr. 47. D. eod (Julianus lib. 86. Digestorum).

Si, vulnerato servo, Lege Aquilia actum sit: postea mortuo ex eo vulnere, agi Lege Aquilia nihilominus potest. Sed si priore judicio aestimatione facta, postea mortuo servo, de occiso agere dominus instituerit: exceptione doli mali opposita compelletur: ut ex utroque judicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de occiso homine egisset.

Die Frage, ob die Wunde würklich tödlich gewesen ist, oder nicht, kann sehr häufig erst in der Folge bestimmt werden, da hier nicht von absolut lethalen Verletzungen, wie in unsrem heutigen Criminalrechte die Rede ist: zu bestimmen ist sie aber immer.

Hier kann sich nun der Fall ereignen, daß der Sklave, noch ehe er an den Folgen seiner Wunde stirbt,

auf irgend eine andere Art umkömmt: ist dies, so kann die Wunde, die an sich tödlich gewesen seyn würde, nicht mehr als solche angesehen werden, da sie es nicht ist, die die Ursache des Todes enthält. Die aestimatio also, die ohne diesen Zufall aus dem ersten Capitel der Lex würde vorgenommen worden seyn, geschieht itzt nach dem dritten:

Fr. 11. §. 3. *D. h. t.* (*Ulpianus lib.* 18. *ad Edictum*).

Celsus scribit: *si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit: priorem quidem non teneri, quasi occiderit, sed quasi vulneraverit: quia ex alio vulnere periit: posteriorem teneri, quia occidit*, quod et Marcello videtur, et est probabilius.

Fr. 15. §. 1. *D. eod.* (*Ulpianus lib.* 18. *ad Edictum*).

Si servus vulneratus mortifere, postea ruina, vel naufragio, vel alio ictu maturius perierit: de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato.

Sed si manumissus, vel alienatus, *ex vulnere periit: quasi de occiso agi posse*, Julianus ait, *haec ita tam varie: quia verum est, eum a te occisum tunc, cum vulnerabas: quod, mortuo eo, demum aparuit: in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus.* Sed si vulneratum mortifere, liberum et heredem esse jusseris: deinde decesserit: heredem ejus agere Aquilia non posse (1).

Hierin liegt kein Widerspruch gegen den allerdings wahren Satz, daß eine unrechtliche Handlung keine Entschuldigung für eine andere enthalte (2),

(1) *Fr.* 23. §. 1. *D. h. t.* (*Ulpianus lib.* 18. *ad Edict.*) Julianus ait: si servus liber, et heres esse jussus, occisus fuerit: neque substitutum, neque legitimum, actione Legis Aquiliae, hereditatis aestimationem consecuturum, quae servo competere non potuit. Quae sententia vera est. Pretii igitur solummodo fieri aestimationem: quia hoc interesse solum substituti videretur. Ego autem puto, nec pretii fieri aestimationem: quia, si heres esset, et liber esset. § 19.

(2) Si *idem eundem* servum *vulneraverit, postea deinde etiam occiderit: tenebitur et de vulnerato, et de occiso:*

denn nicht in dieser, sondern darin, daß durch dieselbe die um die erste völlig zu charakterisiren, nothwendige Folge wegfällt, liegt der Grund dieser Entscheidung. Dies erhellt sehr deutlich auch daraus, daß ein Zufall dieselbe Würkung haben kann.

Nichts destoweniger hat es würklich Juristen gegeben, bey welchen dieser Grund den vorigen überwog, uud so ist durch eine Inconsequenz unsrer Compilatoren eine Stelle von Julian (1) in die Pan-

duo enim sunt delicta. Aliter atque si quis, uno impetu, pluribus vulneribus aliquem occiderit: tunc enim una erit actio de occiso. *Fr.* 32. §. 1. *h. t.*

(1) *Fr.* 51. *D. h. t.* (*Julianus lib.* 86. *Digest.*) Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est: et postea ab alio ictus decessit. Quaero, an cum utroque de occiso, Lege Aquilia agi possit? Respondit: Occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed Lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi, et quasi manu causam mortis praebuisset: tracta videlicet interpretatione vocis à caedendo, et à caede. Rursus Aquilia Lege teneri existimati sunt, non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum. Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit: eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat: statuendum est, utrumque

deckten aufgenommen worden, deren Widerspruch mit den vorigen allein durch die Zeit gelößt werden kann.

Die zweyte Regel kam vorzüglich, aber lange nicht allein bey Erbschaften in Anwendung. So konnte, wenn ein Sklave getödtet worden, der zum Erben eingesetzt, oder dessen Existenz zur Erfüllung einer Bedingung nöthig war, der Werth der Erbschaft nie in Betracht kommen, wenn sich dieses vor Absterben des Testator ereignet hatte; da es in diesem Falle das Leben des Sklaven nicht allein ist, wovon die Erwerbung der Erbschaft abhängt, und es sich nie mit

eorum Lege Aquilia teneri. Idque est consequens auctoritati veterum: qui cum à pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cujus ictu periisset, omnes Lege Aquilia teneri judicaverunt. Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet. Nam qui prior vulneravit, tantum praestabit, quanti (*Flor.* „quanto“) in anno proximo homo plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris tercentum sexaginta quinque diebus. Posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo, quo vita excessit. In quo pretium quoque hereditatis erit Ejusdem ergo servi occisi nomine alius majorem, alius minorem aestimationem praestabit. Nec mirum: cum uterque eorum ex diversa causa, et diversis temporibus, occidisse hominem intelligitur. (das Ende dieser Stelle S. o. S.)

Gewißheit wird bestimmen lassen, ob kein anderer Grund dieselbe würde gehindert haben:

Fr. 23. §. 2. *D. h. t.*

Idem Julianus scribit: si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumisero, et Stichus sit occisus post mortem testatoris: in aestimationem etiam hereditatis, pretium me consecuturum:* propter occisionem enim defecit conditio. *Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare:* quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur. . . . (1)

Merkwürdig ist es hier, daß, obschon die Größe der obligatio erst durch den Richter bestimmt werden soll, es doch so angesehen wird, als wenn über die Richtigkeit des factum schon abgeurtheilt wäre (2).

(1) Hieraus müssen auch *fr.* 23. *pr. fr.* 41. *D. h. t.* erklärt werden. Eine andere Anwendung dieser Regel findet sich in *fr.* 29. §. 3. *D. h. t.*

(2) DARE . . DAMNAS ESTO *fr.* 2. *pr. fr.* 27. §. 3. *D. h. t.* Der Grund dieser Bestimmung ist sehr ungewiß: wahrscheinlich ist es eine poena temere litigantium,

Daher haben diese Klagen denn auch gegen den Läugnenden auf das Doppelte statt, (1) und es kann das, was indebite gezahlt worden ist, nicht durch die condictio indebiti zurück gefordert werden (2). Doch wird in beyden Fällen immer vorausgesetzt, daß die widerrechtliche Handlung von irgend jemand vorgenommen worden sey: ist dies nicht, so fällt mit dem Schaden die Verbindlichkeit zum Ersatze weg (3), und auch

da doch der Beschädigende seine Handlung kennen muste. Daß dies bey der actio furti, und ähnlichen nicht in Anwendung kam, gründet sich wohl darauf, daß bey ihnen Infamie entstand.

(1) Haec actio adversus confitentem competit in simplum; *adversus negantem in duplum*. *Fr.* 23. §. 10. *D. h. t. fr.* 2. §. 1. *D. eod.* PAULUS *I.* 19. §. 1. *C.* 4. *C.* 3. 35. (*ad L. Aquil.*) *Nov.* 18. *C.* 8.

(2) Ea, quae per inficiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse certissimi juris est... *C.* 4. *C.* 4. 4. (*de cond. indeb.*) §. *ult. J.* 3. 27. (28.) (*de obl. quae quas. ex cont.*)

(3) *Fr.* 23. §. 11. *fr.* 24. 25. *pr. D. h. t.* Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse: et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse: Julianus scribit cessare Aquiliam: quamvis confessus sit, se occidisse. Hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse. Ceterum occisum esse hominem à quocunque oportet. Hoc aper-

die condictio indebiti muß also allerdings angestellt werden können.

Eine andere Folge dieser Bestimmung ist die, daß über die hier entstandene obligatio kein wahrer Vergleich abgeschlossen werden kann (1).

tius est circa vulneratum hominem. Nam si confessus sit vulnerasse, nec sit vulneratus: aestimationem cujus vulneris faciemus? vel ad quod tempus recurramus? Proinde si occisus quidem non sit, mortuus autem sit: magis est, ut non teneatur in mortuo, licet fassus sit.

(1) ... Super judicato frustra transigi non est opinionis incertae ... *C.* 32. *C.* 2. 4. (*de trans.*) *fr.* 7. §. 1. *D.* 2. 15. *fr.* 23. §. 1. *D.* 12. 6. (*de cond. indeb.*) PAULUS *I.* 1. §. 5. COD. GREG. *I.* 2. *c.* 3. 5. 6. 9. COD. HERMOG. *IV.* *c.* 3. *c.* 2. C. *Th.* 2. 9. (*de pact. et trans.*)

Dritter Abschnitt.

Culpa in Contrakten.

§. 21.

In dem zweyten Abschnitte ist die Frage erörtert worden, in wie fern abgesehen von der Existenz einer obligatio, eine solche durch culpa entstehen könne: hier soll nun bestimmt werden, welche Verbindlichkeit zu Anwendung von Fleis eine bestehende hervorbringe?

Vorzüglich in dem ältern Rechte war es hier, so wie überhaupt, sehr wichtig; ob die bestehende obligatio ein judicium bonae fidei, oder stricti juris begründe? In diesem Falle wurde nur derjenige Grad von

Fleis erfordert, den die versprochene Handlung unmittelbar verlangte. — So war, wenn die Verbindlichkeit auf ein dare ging, nur die Vornahme von schädlichen Handlungen widerrechtlich: aber diese war es auch immer ([1]). In jenem Falle hing die Schätzung der culpa mehr von der Willkühr des judex (arbiter) mehr von den Umständen und der Natur des Geschäfts ab ([2]): und wahrscheinlich erst nach und nach entstan-

(1) Cum *facto* promissoris res in stipulatum deducta intercidit, *perinde agi ex stipulatu potest*, *ac si ea res extaret*. PAULUS *recept. sent. V.* 7. §. 4. *fr.* 91. *pr. D.* 45. 1. (*de Verb. Obl.*) S. 0. S. 60. Not. 1. *fr.* 23. *D. eod.*

(2) ... *Privata enim judicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia*. Nam et adsunt multum, et adhibentur in consilio, et patronis diligentibus, ad eorum prudentiam confugientibus, hastas ministrant. In omnibus igitur iis judiciis, in quibus EX FIDE BONA est additum; ubi vero etiam: UT INTER BONOS BENE AGIER, inprimisque in arbitrio rei uxoriae in quo est: QUID AEQUIUS MELIUS, parati esse debent. *Illi enim dolum malum*, *illi fidem bonam*, *illi aequum*, *bonum*, *illi*, *quid socium socio*, *quid eum*, *qui negotia aliena curasset*, *ei*, *cujus ea negotia fuissent*; *quid eum*, *qui mandasset*, *eumve*, *cui mandatum esset*, *alterum alteri praestare oporteret*; *quid virum uxori*, *quid uxorem viro*, *tradiderunt*. *Licebit igitur diligenter cognitis argumentorum locis*, *non modo oratoribus*, *et philosophis*, *sed juris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare*. CICERO *Topic. cap.* 17. Nam quanti verba illa: UTI

den hier feste Grundsätze, so sehr vielen Einfluß auch die nach den Geschäften verschiedene Instruktion des judex schon früher gehabt haben mag.

Bey uns muß mit dem römischen Prozesse nothwendig diese Verschiedenheit, die sich gröstentheils auf denselben, besonders auf die Trennung des magistratus und judex bezog, wegfallen. Die Erörterung der Grundsätze, die für die bonae fidei Geschäfte aufgestellt werden, ist es also allein, die hierher gehört. Hier müssen zuerst die allgemeinen Grundsätze der Römer entwickelt, und auf die einzelnen Verhältnisse angewendet werden: dann sind die Veränderungen, die durch Vertrag, durch aestimatio, und durch mora entstehen können, zu untersuchen.

§. 22.

Da es in allen diesen Geschäften darauf ankömmt, ob bona fide gehandelt worden ist, oder nicht, so kann

NE PROPTER TE, FIDEMVE TUAM CAPTUS, FRAUDATUSVE SIEM? Quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET, ET SINE FRAUDATIONE? *sed quid sint boni, et quid sit bene agi magna quaestio est.* CICERO *de offic. III. c.* 17. SENECA *de benef. III. c.* 7. CICERO *pro Rosc. comoed. c.* 4. 5.

man die Frage: welche culpa wird in denselben prästirt? auch so ausdrücken: Was ist in jedem Verhältnisse gegen die bona fides? Gegen diese muß eine wissentlich begangene Illegalität immer seyn, da redlich und mit Wissen widerrechtlich handeln in dem größten Widerspruche stehen (1). Nothwendige Folge hiervon ist es, daß in jedem Verhältnisse dolus und culpa lata prästirt werden muß (2).

Ausser diesem Grundsatze kommen noch vorzüglich drey andere vor, welche sich wechselseitig modifiziren. Ehe ich diese zu entwickeln suche, sey es mir erlaubt hier ein Stelle einzurücken, auf die ich in der Folge noch oft zurückkommen muß, und die wegen ihrer Allgemein-

(1) Societas, si dolo malo, aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, *quia fides bona contraria est fraudi, et dolo.* *Fr.* 3 §. 3. *D* 17. 2. (*pro socio*) .... *Sciens contrarium esse dolum bonae fidei.* *C.* 5. *Cod* 4. 44. (*de rescind. vend.*) Dolus malus Legibus erat vindicatus, ut tutela XII. Tabulis, et circumscriptio adolescentum Lege Plaetoria, *et sine Lege judiciis, in quibus additur ex fide bona.* CICERO *de offic.* *III.* *c.* 15. *fr.* 68. *pr.* *D.* 18. 1. (*de contrahend. emt. vend.*) *fr.* 18. *D.* 3. 5. (*de neg. gest.*) *fr.* 10. *pr.* *D* 17. 1. (*mandat.*) *fr.* 23. *D.* 50. 17. (*de Reg. Jur.*) Mehreres hierüber bey BRISSONIUS *de V. S. v. bona fide* §. 2.

(2) Dieses führt Doneau (*comment. Lib* 16. *cap* 7. *p. m.* 628.) weitläufig durch.

heit an keinem Orte einen schicklichern Platz finden kann, wie eben hier. Sie ist besonders deßwegen merkwürdig, weil die besten Abhandlungen über unsern Gegenstand, wenn man die von Doneau ausnimmt, welche ohnehin als Abschnitt eines größern Werkes kaum hierher gerechnet werden kann, Commentare zu derselben sind (1). Ich meine das

Fr. 23. *D.* 50. 17. (*de Reg. Jur.*)

> Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt: quidam et dolum, et culpam. Dolum tantum, depositum, et precarium: dolum, et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum; item dotis datio, tutelae, negotia gesta. In his quidam et diligentiam: societas et rerum communio et dolum, et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus,

(1) Del Rio *ad L.* 23. *D. de Reg. Jur.* Contius *ad L. eand.* Hotomannus *ad L. eand.* P. Faber *ad L. eand.* Rittershusius *ad L. eand.* Prousteau *ad L. eand.* und vorzüglich J. Gothofredus.

vel minus, in singulis contractibus. Nam hoc servabitur, quod initio convenit. Legem enim contractus dedit. Excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur, hoc enim bonae fidei judicio contrarium est, et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque, quae (1) sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.

Statt der Worte „in his quidam et diligentiam“ welche die meisten ältern Ausgaben, und die Rehdigerische Handschrift anerkennen, ist in der Florentina „in his quidem et diligentiam“ Haloander liest „in his quidem et diligentia; sed et“. Diese Leseart, welche nur eine höchst gezwungene Erklärung zuläßt, ist wohl auf alle Fälle verwerflich: aber auch die Florentinische kann nicht die richtige seyn;

(1) „*Mortes, quaeque*“ FLOR. „*mortesque servorum, quae*“ REHD.

denn wäre sie dies, so müste nach diesem Fragmente in allen vorhergehenden Geschäften, wo dolus und culpa prästirt wird, auch die Verbindlichkeit zur Leistung der diligentia vorhanden seyn; was doch weder bey der dos, noch bey der Tutel (§. 25.) der Fall ist. Nach der unsrigen gilt dies nur von einem Theile derselben, und dann ist es allerdings wahr. Aus diesem Grunde erkennen auch Del Rio, Le Conte und Faber in ihren Commentarien, so wie Cujas (1) und Doneau (2) diese Leseart als richtig an: in der Bestimmung aber, was dies denn für Geschäfte seyen, weichen sie sehr von einander ab. J. Godefroi (3) nimmt „*quidem*" an, und classifizirt ganz auf die oben angegebene Weise.

§. 23.

Die erste der hier zu bestimmenden Regeln ist die: Um die Größe der Verbindlichkeit zur Prästation

(1) *Tractatus ad Africanum V. ad L.* 108. §. 12. *D. de legat.* 1.

(2) *Comment. jur. civ. lib.* 16. *c.* 7.

(3) *Ad L.* 23. *D. de Reg. Jur.* Auch Prousteau folgt der Florentina, ohne sich jedoch um die dann nothwendige Classification zu bekümmern.

der culpa zu bestimmen, muß darauf Rücksicht genommen werden, ob der Culpose Vortheil aus dem Geschäfte zieht, oder nicht? Ist jenes, so prästirt er dolus und culpa; ist dieses, so ist er nur für dolus und culpa lata zu haften verbunden ([1]).

Die Anwendung dieser Regel ist fast ganz allgemein, und geht, wenigstens nach neuerem Rechte in allen den Fällen, wo kein Grund sie streng zu nehmen eintritt, auch auf die Verbindlichkeit zur diligentia und custodia ([2]). Ob auch der andere Theil Vortheil

(1) . . . Sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut *si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. Fr.* 108. §. 12. *D.* 30. (*de Legat. I.*) *fr.* 5. §. 2. *D.* 13. 6. (*commod.*) S. o. S. 45. *fr.* 31. *D.* 19. 2. (*locat.*)

(2) Die Richtigkeit dieses Satzes wird noch mehr bey der Darstellung der einzelnen Fälle erhellen. — Im ältern Rechte war dies wahrscheinlich anders: denn da es ohnehin charakteristisch im frühern römischen Rechte ist, daß die Entstehung einer Verbindlichkeit erschwert wird, so ist sehr gut zu vermuthen, daß man die strenge Beurtheilung, die durch Anstellung der actio Legis Aquiliae ohnehin gewöhnlich bewürkt werden konnte, (S. o. S. 81. u. 88.) auch hier viel früher eintreten lies, als man die Verbindlichkeit zur Prästation der diligentia, und

zieht, oder nicht, ist völlig gleichgültig. Die einzige Würkung dieses Unterschiedes ist die, daß in jenem Falle beyde, in diesem nur einer für alle culpa haftet. Der Beweis beyder Sätze liegt in folgenden Stellen:

Fr. 17. §. 2. *D.* 19. 5. (*de Praes. Verb.*) (*Ulpianus lib.* 28. *ad Edictum*).

.... Secundum haec, si cui inspiciendum dedi, *sive ipsius causa, sive utriusque et dolum, et culpam* mihi praestandam esse dico *propter utilitatem*, periculum non. *Si vero mei dumtaxat causa* datum est, *dolum solum*, quia prope depositum hoc accedit.

custodia anerkannte. Hierfür spricht auch das, daß Fälle, wo zwar dolus und culpa, aber keine diligentia prästirt wird, oft auch in spätern Zeiten noch nach dieser Regel beurtheilt werden. ....Sed in ceteris quoque partibus juris ista regula custoditur: *Sic enim et in fiduciae judicio, et in actione rei uxoriae et dolus, et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit*.... Collat. L. L. Mos. et Rom. *tit.* 10. §. 2. S. u. §. 25.

Fr. 10. §. 1. *D.* 13. 6. (*commod.*) (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum*).

Si rem inspectori dedi, *an similis sit ei, cui commodata res est*, quaeritur? Et si quidem *mea causa* dedi, dum volo pretium exquirere, *dolum mihi tantum* praestabit: *si sui, et custodiam*; et ideo furti habebit actionem. Sed et si, cum refertur, periit, siquidem ego mandaveram, per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse, cui voluit commisit, *aeque culpam mihi praestabit, si sui causa accepit.*

Dies war nach der Meinung derjenigen Juristen nicht der Fall, welche die culpa lata aus dem zweyten Vermuthungsgrunde (1) von dem dolus trennten. Diese unterschieden ganz wie mehrere unsrer juristischen Schriftsteller: zogen beyde Theile Vortheil, so hafteten, nach ihrer Meinung, beyde für dolus, culpa, et quanta in suis rebus diligentia; zog es nur einer,

(1) S. o. S. 31. fgde.

so prästirte dieser auch diligentia, der andere allein den dolus. Durch die Inconsequenz unsrer Compilatoren sind einige Exzerpte aus den Schriften dieser Juristen in die Pandekten aufgenommen worden; diese können aber schon darum nicht berücksichtigt werden, weil der Satz, worauf sie sich beziehen, als aufgehoben zu betrachten ist. Nur das ist wichtig ihre Existenz zu kennen, und sie richtig zu verstehen: weil ohne dies sehr leicht falscher Gebrauch von denselben gemacht werden könnte. Aus diesem Grunde ist es nothwendig eine Stelle von Afrikan hier zu erklären, die nur allein durch diese Bemerkung mit den übrigen vereinigt werden kann (1).

(1) *Fr.* 61. §. 1. *D.* 47. 2. (*de furtis.*) Ich setze dasselbe nach Haloander hierher: (*Afric. l* 8 *Quaest.*) His (nämlich dem, daß der Eigenthümer eines Sklaven seinem von diesem bestohlenen Miteigenthümer entweder den Schaden ersetzen, oder seinen Theil cediren muß) etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pignoratitia consequar, ut („uti“ *Flor.*) similiter aut damnum decidas, aut pro noxae dedito („deditione“ *Flor.*) hominem relinquas. §. 2. Idem dicendum de eo quem convenisset, in causa redhibitionis esse: ut.... venditor quoque vel damnum decidere, vel pro noxae dedito („deditione“ *Flor.*) hominem relinquere cogatur.... §. 3. *Quod si sciens quis ignoranti furem pignori* dederit, *omnimodo damnum praestare cogendum esse* („cogendus est“ *Flor.*) *id enim bonae fidei convenire* .... §. 5.

Da jedes furtum eines Sklaven die actio furti noxalis begründet, so wirft **Afrikan** die Fragen auf,

Quod vero ad mandati actionem attinet, *dubitare se ait, num aeque dicendum sit omnimodo damnum præstari debere. Et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum* (*esse*) *ut etiam si ignoraverit is qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur* („cogetur" *Flor.*). *Justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Idque evidentius in causa depositi apparere.* Nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse, nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxit („contraxerit" *Fl.*), non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse. *Et sicut in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore dolum ejus qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit: ita in his culpam eorum quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. Nam certam* („certe" *Flor.*) *mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit. Et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.* §. 6. Circa commodatum autem merito aliud existimandum. *Videlicet quod tunc ejus solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur. Itaque eum qui commodaverit, sicut in locatione, si non dolo quid* (in der *Flor.* fehlt „*non*", was doch offenbar nothwendig ist) *fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum. Quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari: quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat.*

ob, und in wiefern die Verbindlichkeit des Eigenthümers durch eine obligatio zwischen ihm, und dem Bestohlenen vergrößert werden könne? Die erste Frage bejaht er, und um die zweyte zu beantworten unterscheidet er drey Fälle:

1. Der Sklave war verpfändet, vermiethet, oder verkauft und redhibirt. Hier ziehen beyde Theile Vortheil; es ist also keiner zur Prästation der diligentia verbunden: der Eigenthümer ist also auch nur dann zu mehr, als zur noxae deditio verpflichtet, wenn er wissentlich (dolo) den Fehler des Sklaven verschwieg.

2. Der Bestohlene war beauftragt worden diesen Sklaven zu kaufen; oder derselbe war bey ihm deponnirt. In beyden Fällen zieht der andere allein Vortheil, in beyden muß er also auch diligentia prästiren, er haftet demnach unbedingt, weil es seine Schuld war, daß er sich nicht besser um die Eigenschaften dieses Sklaven erkundigt hatte, um den Mandatar, oder Depositor warnen zu können.

3. Der Sklave war commodirt. Hier zieht der Bestohlene allein Vortheil, der Eigenthümer prä-

stirt also allein den dolus; dieser wird aber in diesem Falle nicht wie bey den ersten Geschäften beurtheilt, sondern die culpa lata aus dem zweyten Grunde der Vermuthung ist von demselben ausgeschlossen. (Quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari: quoniam nulla utilitas commodantis interveniat (1).

Was den Satz selbst betrifft, den Afrikan zu Grunde legt, so ist dieser nach der Meinung von Paulus (2) falsch: dieser gestattet nämlich in allen Fällen nur dann eine Klage aus dem Contrakt, wenn der Eigenthümer den Fehler seines Sklaven kannte, und ver-

(1) Ein anderer Beweis dieser Meinung findet sich in einer Stelle von Gajus (*Fr.* 18. §. 1. *D.* 13 6. [*commodat.*]) wo das Pfand mit der dos verglichen wird (§. 25.); und mehrere Spuren in den Institutionen, welche bey einer zu nachlässigen Correktur des zu Grunde gelegten Gajus geblieben sind. Z. B. §. 4. J. 3. 14. (15.) (*quib. mod. re contr. obl.*) Theophilus erläutert diese und die oben S. 31. angeführte Stelle ganz nach der Entscheidung Justinians.

(2) *Fr.* 45. §. 1. *D.* 19. 2. (*locat.*) *fr.* 2. *D.* 25 2. (*rer. amot.*) *fr.* 26. § 7. *D.* 17. 1 (*mandat.*) *fr.* 58. *pr. D.* 21. 1 (*de aedil. edict.*) *fr.* 22. *D.* 13. 6. (*commod.*) — *fr.* 31. *D.* 13. 7. (*de pign. act.*)

schwieg: eine Ansicht, die sich schon dadurch erklärt, daß der Bestohlene sich nothwendig immer einige Nachlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen. Eine weitere Erörterung dieser Frage gehört nicht hierher, wo allein der Streit der römischen Juristen zu beweisen, und das Fr. 61. zu erklären war.

Diese Regel findet vorzüglich bey folgenden Geschäften ihre Anwendung:

1. Bey dem *depositum*. Hier prästirt der Depositar nur dolus, der Deponens diligentia [1], denn dieser zieht immer, jener nie Vortheil, indem das depositum, sobald letzteres der Fall seyn sollte, immer in ein anderes Geschäft übergeht [2]. Daher kann eine bloße Uebertragung der Bewahrung an einen andern nie, wenn dieser dolos gehandelt hat, die Verbindlichkeit zum Ersatze be-

(1) ...Et quidem in contractibus *interdum dolum solum*, interdum *et culpam* praestamus: *dolum in deposito: nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus*..... *fr*. 5. §. 2. *D*. 13. 6. (*commod.*) *fr*. 1. §. 1. 8. *ult*. *D*. 16. 3. (*depos.*) *fr*. 16. 20. 32. *D*. *eod*. *C*. 1. *C*. (*depos.*) *fr*. 14 §. 3. *D*. 47. 2. (*de furtis*) *fr*. 23. *D*. 50. 17. (*de Reg. Jur.*) u. a. m.

(2) Z. B. *fr*. 1. §. 8. 9. 10. *D*. 16. 3. (*depos.*)

gründen; sondern nur die, den Deponens in den Stand zu setzen gegen den Dolosen selbst zu klagen (1).

2. Bey der *locatio conductio*. Hier tritt gerade das umgekehrte Verhältniß ein: beyde Theile ziehen nothwendig immer Vortheil, beyde haften also für dolus, culpa lata, culpa, diligentia und custodia (2). Le Conte hat hier die sonderbare Idee, daß bey der locatio zwar nur culpa (levis) geleistet werde, bey der conductio operis aber cul-

(1) Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum ejus, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri, apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet. *fr.* 16. *D.* 16. 3. (*depos.*)

(2) Dominus horreorum periculum vis majoris, vel effracturam latronum, *conductori* praestare non cogitur. *His cessantibus, si quid extrinsecus ex depositis rebus, illaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum ei resarcire debet.* C. 1. C. 4. 65. (*de locat.*) *In judicio tam locati, quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat.* C. 28. C. eod. §. 5. *Just.* 3. 24. (25.) (*de locat.*) S. o. S. 51. *fr.* 31. *fr.* 25. §. 7. *D.* 19. 2. (*locat*) *fr.* 12. *pr.* *fr.* 14. §. 15. *D.* 47. 2. (*de furtis.*) *fr.* 5. §. *fin.* *D.* 13. 6. (*commod.*) S. o. S. 52.

pa levissima: weil diese mit dem Mandate sehr viel Aehnlichkeit habe.

3. Bey dem Pfande. Auch hier ziehen gewöhnlich beyde Theile Vortheil; beyde haften also auch für jede culpa ([1]). Der einzige Fall, wo dies nicht eintritt, ist der, wo jemand für einen dritten eine Sache verpfändet: hier haftet dieser natürlich allein für dolus und culpa lata. — Hier findet sich wieder ein merkwürdiges Beyspiel der Veränderlichkeit des Cujas: obschon er als Anhänger der gewöhnlichen Theorie, namentlich bey dem Pfande nur die Verbindlichkeit zur Prästation der culpa (levis) anerkannt hatte([2]), so nimmt er doch in der Folge gestützt auf die Meinung ei-

(1) *Sicut vim majorem* pignorum creditor praestare non habet necesse, *ita dolum, et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.* *C.* 19 *C.* 8. 14. (*de pign. et hypoth.*) §. 4. *Inst.* 3. 14. (15.) (*quib. mod. re contr. obl.*) *C.* 5. 6. 7. 8. *C.* 4. 24. (*de pign. act.*) *fr.* 13. §. 1. *fr.* 14. *D.* 13. 7. (*de pign. act.*) S. o. S. 54. 55. *fr.* 22. §. *ult.* *fr.* 25. 30. *D. eod.* *fr.* 9. §. 5. *D.* 42. 5. (*de reb. auct. jud. poss.*) *fr.* 14. §. 6. 15. *D.* 47. 2. (*de furtis*) *fr.* 12. §. 2. *D. eod.*

(2) *Obs. XIX.* 24. — *ad African. lib. V. ad L.* 108. §. 12. *D. de Leg. I.*

nes griechischen Scholiasten zu Fr. 14. §. 6. D. 47. 2. bey diesem eine höhere Verbindlichkeit an ([1]). Merkwürdig ist es, daß Pfeifer ([2]) diese Ausnahme, wie er glaubt, von der Regel durch die ältere Form des Pfandes — die Mancipation unter fiducia — erklären will; und Avezan ([3]) aus eben diesem Grunde die Möglichkeit dieser Ausnahme läugnet. In der Sache selbst hat ohne Zweifel ersterer, in Hinsicht des Grundes letzterer Recht.

4. Ein anderes Geschäft, wo beyde Theile immer Vortheil ziehen, ist der Kauf: beyde Theile sind also auch zur Prästation von culpa und diligentia verpflichtet. Zu den vielen Sonderbarkeiten dieses Contrakts gehört auch die, daß nach der Meinung einiger Juristen, die durch Justinians Bestimmung in den Institutionen für uns die gesetzliche geworden ist, zwar *diligentia*, aber keine *custodia* ([4]) prästirt wird, obschon diese

(1) *Ad L. 13. D. de pign. act.*

(2) Vermischte Aufsätze S. 89. fgde.

(3) *Liber contractuum. c. 30.*

(4) Hier sey es mir erlaubt noch einen Beweis der Richtigkeit der von mir ge-

von Seiten des Verkäufers möglich wäre. — Von Ulpian wissen wir es gewiß, daß er diese Meinung vertheidigte: der Beweis derselben muß also aus Fragmenten von ihm verbunden mit der Stelle der Institutionen geführt werden. Den ersten Satz behauptet er in folgenden Stellen:

gebenen Erklärung des Wortes custodia nachzuholen, und eine merkwürdige Meinung eines andern anzuführen: der erste liegt in folgender Bemerkung des Theophilus bey der Erläuterung des §. 3. *J.* 3. 23. (24.) (*de emtione*) „*est enim custo*„*dia diligentissima*, *et exactis*„*sima servatio*" die andere ist von Del Rio (*ad L.* 23. *D. de R. J. c.* 1.) „Differunt „diligentia, et custodia: illa „plus est, haec minus: *dili*„*gentia plenam custodiam sig*„*nificat. Custodia duplex est*; „qnaedam *plena custodia*, „quaedam *simpliciter custodia* „dicitur. *Custodia simpliciter* „*prolata*, *de vera custodia* ac„cipitur, sicut et culpa: haec „differt a diligentia, *nam*, „*qui hanc custodiam in se re*„*cipit*, *solummodo culpam le*„*vem praestat*, *neque ad dili*„*gentiam tenetur. Custodia* „*vero plena levissimam cul*„*pam excludit*, *quemadmodum et* „*diligentia*; Sic, ut diligen„tiae, et custodiae eosdem, „quos culpae, gradus adscri„bere sit necesse, quod ipsum „de negligentia, et socordia „quoque dicendum; quae dum „meminerimus, eum, qui di„ligentiae summus gradus sit, „negligentiae infimo, et sic „de ceteris, respondere. „Quae si quis diligenter con„sideraverit, facile se ex hoc „labyrintho culparum erri„piet" Aehnliche Verwirrungen sind bey Godofroi (l. c. p. 799.) welcher 3 Grade der custodia annimmt.

Fr. 31. §. 11. 12. *D.* 21. 1. (*de aedil. edict.*) (*Ulpian. lib.* 1. *ad edict. aedil. currul.*)

Si mancipium, quod redhiberi oportet, mortuum erit: hoc quaeretur, num quid *culpa* emptoris, vel familiae ejus, vel procuratoris, homo demortuus sit. *Nam si culpa ejus decessit, pro vivo habendus est:* et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret. *Culpam omnem accipiemus, non utique latam, propter quod dicendum est, quamcunque occasionem morti emptor praestitit, debere eum, etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua.*

Fr. 13. §. 16. *D.* 19. 1. (*de action. emt. vend.*) (*Ulpianus lib.* 32. *ad Edictum.*)

In his autem, quae cum re empta praestari solent, *non solum dolum, sed et culpam* praestandam arbitror, nam

et Celsus libro octavo digestorum scripsit, *cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat, et emptori praestet, non solum dolum, sed et culpam eum praestare debere* (1).

Den zweyten in dem

Fr. 14. *pr. D.* 47. 2 (*de furtis*) (*Ulpianus lib.* 29. *ad Sabinum*).

Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. *Mandare* eum plane oportebit emptori furti actionem, et condictionem, et vindicationem, *et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum*

(1) Der beste Commentar dieser Stelle ist das *fr.* 68. *pr. D.* 18. 1. (*de contrah. emt. vend.*) (*Proculus lib.* 6. *epistolarum.*) Si, cum fundum venderes, in lege dixisses? *quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse:* existimo te in exigendo non *solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est, non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.*

emptori oportebit, quae sententia vera est, et ita et Julianus; et sane periculum rei ad emptorem pertinet: dummodo custodiam venditor ante traditionem (non) praestet.

Der Sinn dieser Stelle ist der: da der Verkäufer als Besitzer und Eigenthümer der verkauften Sache, wenn diese gestohlen worden, die actio furti anstellen kann, der Käufer aber noch nicht, so ist er verbindlich sie diesem zu cediren, oder ihm dasjenige, was er durch die Anstellung derselben erhalten hat, herauszugeben: nur dann ist er zu dem vollen Ersatze des durch das furtum entstandenen Schadens verbunden; wenn er die Verbindlichkeit zur custodia übernommen hat. — Eine andere Auslegung ist deßwegen ohnmöglich, weil hier mit der Cession der Klagen loskommen, und custodiam prästiren im Widerspruch stehen würde (1). Daher wird das „*non*“, das, so viel ich weis, in keiner (2) Ausgabe steht und

(1) *Fr.* 31. *D.* 19. 1. (*de act. emt. vend.*) S. oben S. 76.

(2) Namentlich nicht in den Ausgaben von Haloander, und Charron, dann:

auch in den Basiliken fehlt, nothwendig. Zu gewagt, glaube ich nicht, daß diese Emendation ist, da „non“ nach der gewöhnlichen Erklärung von custodia ohne Sinn wäre, und es, mit einem bloßen „n“ geschrieben, sehr leicht durch das vorhergehende „m“ verschluckt werden konnte. Den Beweis der Richtigkeit meiner Erklärung, so wie der beyden bisher theilweis erwiesenen Sätze, enthalten die Institutionen:

§. 3. *J.* 3. 23. (24.) (*de emtione*).

> .... Quidquid enim *sine dolo*, *et culpa* venditoris accidit, in eo venditor securus est.... Quod si fugerit homo, qui venit, aut *subreptus* fuerit, *ita ut neque dolus*, *neque culpa venditoris interveniat*: *animadvertendum erit*, *an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit*. [*Sane enim si suscepit*, *ad*

Rom. 1476. Lugd 1513. 1550. 1551. 1566. 1589. 1571. Venet. 1477. 1483. 1485. 1487. 1489. 1507. Paris. 1535. 1548. 1566. Ferner fehlt es in der Göttingischen, und Rehdigerischen Handschrift.

ipsius periculum is casus pertinet: si non suscepit: securus est. Idem et in ceteris animalibus, ceterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori: quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et de damni injuriae actione.

Da ausser dieser bis itzt bewiesenen Meinung, noch mehrere andere in unsern Pandekten vorkommen, so wird es der Mühe werth seyn, diese hier noch zusammen zu stellen.

a. Die älteste Meinung ist die von Labeo. Dieser bestimmte die Verbindlichkeit des Verkäufers den entstandenen Schaden zu ersetzen, nicht sowohl nach dem Grade der culpa, als danach, ob derselbe die Sache vor und nach dem Kaufe verschieden behandelt habe. Diese ist nicht allein nach der Darstellung aller übrigen Juristen als aufgehoben zu betrachten, sondern wird auch von seinem Epitomator Paulus berichtigt.

Fr. 54. *D.* 19. 1. (*de action. emt. vend.*) (*Labeo lib.* 2 *Pithanon.*)

Si servus, quem vendideras, jussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit: *ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod etiam non vendito servo imperaturus eras.* *Paulus:* Minime, nam, *si periculosam rem ante venditionem facere solitus est, culpa tua id factum esse videbitur.... Idem juris erit, si eam rem imperare solitus fueris, quam prudens, et diligens paterfamilias imperaturus ei servo non fuerit. Quid si hoc exceptum fuerit? tamen potest ei servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si non venisset,* veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset, nam certe ea res tuo periculo esse non debet, *itaque tota ea ad dolum malum dumtaxat, et culpam venditoris dirigenda est.*

b. Eine andere Meinung ist die derjenigen, die die culpa lata aus dem zweyten Grunde der Vermuthung von dem dolus trennten: von dieser finden wir, die oben angegebene ausgenommen, keine Spur, indem die einzige Stelle von Gajus (1) über diesen Gegenstand nur die Verbindlichkeit des Verkäufers den durch Diebstahl entstandenen Schaden zu ersetzen läugnet.

c. Die dritte und strengste ist die des Paulus und Neratius: diese nehmen nicht allein eine Verbindlichkeit zur Prästation der diligentia, sondern auch zu der, der custodia an:

(1) *Fr.* 35. §. 4. *D.* 18. 1. (*de contr. emt. vend.*) Si res vendita *per furtum perierit:* prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat. Si nihil appareat convenisse: *talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet. Quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet:* ut tamen scilicet vindicationem rei, et condictionem exhibeat emptori. Unde videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem, aut condictionem habere possit. Ob id ipsum damnandus est: quia si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre. Die einzige Spur der Meinung des Gajus von der ein Theil hier weggelassen ist, findet sich in den Worten „qualem *bonus* „*paterfamilias* rebus suis ad„hibet" S. u. §. 25.

Fr. 36. *D.* 19. 1. (*de action. emt. vend.*) (*Paulus lib.* 7. *ad Plautium*).

Venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet: quia, antequam vacuam possessionem tradat, *custodiam et diligentiam praestare debet*, et pars est custodiae diligentiaeque; hanc interponere stipulationem, et ideo, si id neglexerit, tenebitur emptori.

Fr. 14. §. 1. *D.* 18. 6. (*de periculo et commod. rei vend.*) (*Paulus lib.* 3. *epit. Alfeni Digest.*)

Materia emta, *si furto periisset, postquam tradita esset*, emtoris esse periculo respondit: *sin minus venditoris* (1)....

(1) *Fr.* 18. §. 7. — 10. *D.* 39. 2. (*de damn. infect.*) *fr.* 38. *D. eod. fr.* 3. *D.* 18. 6. (*de peric. et Commod. rei vend.*) *fr.* 31. *pr. D.* 19. 1. (*de act. emt. vend.*) (*Neratius lib.* 3. *membranorum*) S. o. S. 76. Ob auch Alfenus hierher zu rechnen, ist ungewiß, da in dem in *fr.* 11. *D. eod.* entschiedenen Falle (es war nämlich damnum injuria zugefügt) nach allen Theorien keine unbedingte

Der Widerspruch dieser Meinung mit der von Ulpian läßt sich allein dadurch heben, daß man der Stelle der Institutionen den Vorzug giebt. —

5. Ein anderes Geschäft, wo diese Regel vollkommene Anwendung leidet, ist das Commodat. Der gewöhnliche Fall ist hier, daß der Commodatar allein Vortheil zieht: er prästirt also auch in der Regel diligentia und custodia (1), der Commodans allein den dolus. Ausnahmsweise können beyde, oder auch der Commodans allein Vortheil ziehen: ist dies, so richtet sich hiernach die Größe ihrer Verbindlichkeit (2).

Verbindlichkeit zum Ersatze vorhanden ist. S. o. S. 85. not. 2. am Ende.

(1) *Fr.* 5. §. 5. *D.* 13. 6. (*commod.*) Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare. §. 9. *Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat. Utputa equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur. Etiam pulli te custodiam praestare debere, veteres responderunt. Fr.* 10. 11. 12. *D. eod. fr.* 5. §. 2. 15. *D. eod. fr.* 1. §. 4. *D.* 44. 7. (*de obl. et act.*) §. 2. *J.* 3. 14. (15.) (*quib. mod. re contr. obl.*) §. 16. *J.* 4. 1. (*de obl. quae ex del.*) *fr.* 14. §. 10. 14. 15. *D.* 47. 2. (*de furtis*)

(2) *Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit praestabit; utputa...*

6.) Nach dieser Regel wird endlich die Verbindlichkeit des Erben, und Legatar beurtheilt, welchen die Auszahlung eines Legats, oder fideicommissum singulare aufgelegt ist. Vor Justinian zog jener immer Vortheil, da er immer, sobald es zur Auszahlung der Legate kam, seine Quart frey hatte: er war also auch immer zur Prästation der custodia und diligentia verpflichtet ([1]). Dagegen war es bey dem Legatar, dem die Zahlung eines Fideicommisses aufgelegt war, zweifelhaft, ob er noch etwas für sich behalte, oder nicht: und demnach muste auch die Größe seiner Verbindlichkeit erst durch die Umstände bestimmt werden ([2]).

si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur.... fr. 5. §. 10. *D.* 13. 6. (*commod.*)

(1) ... Sed si culpa heredis res periit, statim damnandus est. Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus: an *non solum ea quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est: an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede. Quod verius est. Fr.* 47. §. 4. 5. *D.* 30. (*de Legatis I.*) *fr.* 26. §. 1. *D. eod.* §. 16. *Inst.* 2. 20. (*de legatis*)

(2) *Cum quid tibi legatum, fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato; alioquin etiam culpam te mihi praestare debere, exstimavit.* Sicut in contractibus fidei bona-

Da nun aber nach Justinians Verordnung der Abzug der Falcidischen Quart verboten werden kann, es also nicht gewiß ist, ob der Erbe Vortheil zieht, oder nicht, so muß sich nach neuerem Rechte die Größe seiner Verpflichtung eben so gut, wie im letzten Falle nach diesem Umstande richten.

§. 24.

Eine Ausnahme der ersten Regel macht der Grundsatz, daß die Uebernahme fremder Geschäfte, das stillschweigende Versprechen des höchsten Fleißes enthalte (1): hierin liegt der Grund, warum der Manda-

servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa; sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. *Fr.* 108. §. 12. *D.* 30. (*de Legatis I.*)

(1) Bey dem Mandate wird gewöhnlich dieser Grund von denjenigen, die die strenge Verbindlichkeit des Mandatar anerkennen, angegeben: warum man ihn aber nicht als Regel annimmt, um auch andere Geschäfte darnach zu beurtheilen, sehe ich nicht ein; da doch in allen andern ähnlichen Fällen diese strenge Verbindlichkeit angenommen wird, wenn sich kein besonderer Grund einer Ausnahme nachweisen läßt. DONELLUS *Comment. jur. civ. lib.* 13. *c.* 11. CUJACIUS *ad Africanum V. ad L.* 108. §. 12. *D. de leg. I.* GIPHANIUS *antinom. jur. disp.* 30. *p.* 83.

tar ([1]), die Verwalter öffentlicher Fonds ([2]), und zum Theil, warum der negotiorum gestor ([3]) auch für diligentia und custodia haften.

Die strenge Verbindlichkeit des Mandatar ist von jeher sehr bestritten worden; was bey den so sehr deutlichen Stellen gewiß zu verwundern wäre, wenn man nicht gewöhnlich in dieser Lehre mehr Meinungen, als Gründe vorgebracht hätte ([4]). Der wichtigste Zweifel liegt noch in einer Stelle Ulpians ([5]): hier wird

(1) *C.* 11. 13. 21. *C.* 4. 35. (*mandati*) S. d. S. 48. 49. *fr.* 22. §. 11. *D.* 17. 1. (*mandat.*) *fr.* 1. §. 12. *D.* 16. 3. (*deposit.*) S. d. S. 77. (Cic. *pro Rosc. Amer. c.* 38. 39.

(2) *Fr.* 6. *D.* 50. 8. (*de adm. rer. ad civ. pert.*) S. d. S. 69. *fr.* 3. §. 5. *D.* 49. 14. (*de jure fisci*) Divi Fratres rescripserunt, in venditionibus fiscalibus *fidem et diligentiam* a procuratore (scl. Caesaris) exigendam....

(3) Qui negotia aliena gerit, *et bonam fidem, et exactam diligentiam* rebus ejus, pro quo intervenit, praestare debet. Paulus *I.* 4. §. 1. Si negotia absentis, et ignorantis geras, *et culpam*, *et dolum* praestare debes.... *fr.* 11. *D.* 3. 5. (*de neg. gest.*) *fr.* 6. §. 12. *fr.* 21. §. 3. *fr.* 39. *D. eod.* §. 1. *J.* 3. 27. (28) (*de obl. quae quas. ex contr.*) C. 20. *C.* 2. 19. (*de neg. gest.*) *C.* 24. *C.* 4. 32. (*de usuris*) S. d. S. 44. 45.

(4) Donellus *comment. jur. civ. lib.* 13. *c.* 11. widerlegt alle Einwürfe sehr gut.

(5) *Fr.* 29. *D.* 17. 1. (*Mandat.*).

nämlich dem Bürgen, wenn er belangt wird, nur die wissentlich unterlassene Vorschützung derjenigen Exzeptionen, die dem Schuldner zugekommen wären, als culpa angerechnet. Allein den Grund dieser Bestimmung giebt Ulpian, der an einem andern Orte ausdrücklich die Verbindlichkeit des Mandatar zur custodia anerkennt (1) sehr deutlich an: dieser liegt darin, daß der debitor selbst Ursache (2) dieser Unwissenheit ist, die er zu heben verbunden war.

Eine Ausnahme von der hier gegebenen Regel kann bey der negotiorum gestio vorkommen. Hier ist es nämlich möglich, daß sich jemand der Besorgung von Geschäften unterzieht, um einen sonst sichern Schaden abzuwenden (3): in diesem Falle ist er nur für dolus und culpa lata verhaftet, indem hier durch seine Nach-

(1) *Fr.* 1. §. 12. *D.* 16.3. (*depos.*) S. o. S. 77. Not. 1.

(2) *Fr.* 61. §. 7. *D.* 47. 2. (*de furtis*) *fr.* 26. §. 7. *D.* 17. 1. (*mandat.*)

(3) *Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris; aequissimum esse, dolum dumtaxat te praestare. Quae sententia habet aequitatem. Fr.* 3. § 9. *D.* 3. 5. (*de neg. gest.*) DONELLUS *l. c. lib.* 16. *c.* 7. *p. m.* 630.

lässigkeit dem andern im Grunde doch kein Schaden zugefügt wird. Dagegen muß aber auch der negotiorum gestor für den casus stehen, wenn er für jemand ein Geschäft unternommen hat, was dieser nicht zu unternehmen pflegte, und also wahrscheinlich nicht unternommen haben würde ([1]). Dieses erklärt sich sehr gut daraus, daß es hier seine Handlung ist, die diesen casus verursachte (s. o. S. 42.).

§. 25.

Der dritte Grundsatz ist der, daß derjenige, der sich in Rücksicht auf seine Vermögensrechte, oder seine Bürgerpflicht der Administration fremder Geschäfte unterzieht, zwar für culpa, aber nicht für diligentia zu haften verbunden ist. — Alle hierher gehörigen Fälle kommen darin überein, daß sie sich auf fiducia reduziren ([2]): und

(1) Si negotia absentis et ignorantis geras: et culpam, et dolum praestare debes. Sed Proculus *interdum etiam casum praestare debere: veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras:* veluti venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo: *nam si quod* („quid" *Fl.*) *damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur: lucrum vero absentem.* Quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet. *Fr.* 11. *D.* 3. 5. (*de neg. gest.*)

(2) . . . *Judicium fiduciae cum societate, tutela, et rei*

darin liegt wohl auch der Grund ihrer gleichen Behandlung; die Vermuthung also, daß die Alten diese Verbindlichkeit durch die Formel „ut inter bonos bene „agier oportet" bezeichneten, ist gewiß nicht unwahrscheinlich (1). Vielleicht hängt es auch hiermit zusammen, daß eben hier die Ausdrücke „diligentia quam suis „rebus exhibet" und „quam bonus (2) paterfami„lias suis rebus exhibet" gleichbedeutend gebraucht werden.

Nach diesem Grundsatze werden beurtheilt:

1.) Der Mann in Rücksicht der *dos*.

Fr. 17. *pr. D.* 23. 3. (*de Jure Dotium*).

In rebus dotalibus virum praestare oportet *tam dolum, quam culpam*; quia causa sua dotem accipit; *sed etiam*

uxoriae actione ambulare, seu conjungi videmus: nam et in his omnibus translatio quaedam dominii fit, sed sub fiducia restituendi; et sic non absoluta abalienatio. GOTHOFREDUS *in Coment. ad Cod. Th. I. p.* 293.

(1) CIC. *de offic. c.* 14. — *Epist. ad divers. lib.* 7. *ep.* 12.

(2) Sehr verschieden ist hiervon der Ausdruck: „diligentia, quam diligens pater „familias rebus suis adhibet" dieser ist nämlich mit diligentia ganz gleichbedeutend. *Fr.* 14. *D.* 13. 7. (*de pign. act.*) S. o. S. 54. *fr.* 25. §. 16. *D.* 10. 2 (*fam. herciscund.*) S. u. S. 170. Not. 3.

diligentiam praestabit, *quam in suis rebus exhibet* (1).

So natürlich sich diese Bestimmung daraus erklärt, daß der Mann ein revocables Eigenthum an den Dotalgütern erwirbt: so sonderbar ist eine andere von Justinian, der die Paraphernen der dos völlig gleichsetzt:

C. 11. *C.* 5. 14. (*de pact. convent.*)

... Dum autem apud maritum remanent eaedem cautiones; *et dolum, et diligentiam maritus circa eas prae-*

(1) Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri? *Et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat, eum teneri hoc nomine. Si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est, immoderatam ejus saevitiam hoc judicio coercendam. Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet*, („exigat" *Flor.*) *nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est... Fr.* 24. §. 5 *D.* 24. 3. (*soluto matrimonio*). Der Grund dieser Entscheidung ist sehr natürlich: denn hier sind es culpose Handlungen wodurch der Mann schadet, und für diese haftet er immer. Sonderbar ist es, daß Doneau im Anfange seiner Abhandlung hier eine culpa lata zu finden glaubt, da er doch selbst in der Folge die Stelle richtig erklärt. *Fr.* 18. §. 1. *fr.* 25. §. 1. *fr.* 49. 66. *pr. fr. ult. D. eod. C. un. C.* 5. 13. (*de rei uxor. action.*) *fr.* 46. 72. §. 1. *D.* 23. 3. (*de jur. Dot.*)

stare debet, qualem et circa suas res habere invenitur, ne ex ejus malignitate vel desidia aliqua mulieri accedat jactura...

2.) Der Tutor. Nach älterem Rechte war das Recht zur Führung der Tutel gewiß kein unbedeutendes Vorrecht der Verwandten; und hierdurch rechtfertigt sich für dieses die Anwendung unseres Grundsatzes: nach neuerem Rechte ist dies freylich anders; dagegen treten aber auch hier nicht unwichtige Gründe ein, die die Beybehaltung der frühern Vorschriften rechtfertigen. Denn so sehr es der Vortheil des Pupillen verlangte, daß ihr Vormund für mehr, als für den dolus zu haften verbunden sey; so sehr erheischt es doch auch die Billigkeit, daß derjenige, der sich nicht aus eignem Willen der Besorgung oft sehr lästiger Geschäfte unterzog, nicht auch für die geringste Unterlassung verbindlich erklärt werde:

Fr. 1. *pr. D.* 27. 3. (*de tut. et ration. distrah.*) (*Ulpianus lib.* 36. *ad Edict.*)

In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae

non fecit, rationem reddet hoc judicio: praestando dolum, culpam, et quantam in suis rebus diligentiam [1].

Diesem muß wegen Gleichheit der Verhältnisse der Curator [2] und derjenige, welcher sich als Tutor gerirte [3], völlig gleichstehen.

3.) Der Socius. Hier ist die einfachste Anwendung unsrer Regel. Der Beweis der Richtigkeit ist sehr leicht zu führen. Nach sehr vielen Stellen

(1) Daher erklärt sich auch *fr.* 10. *D.* 26. 7. (*de adm. et per. tut.* (*Ulpianus lib.* 49. *ad Edict.*) Generaliter, quotiescunque non fit nomine pupilli, quod quivis pater idoneus facit, non videtur defendi. und *fr.* 33. *D. eod.* A tutoribus, et curatoribus pupillorum *eadem diligentia* exigenda est circa administrationem rerum pupillarium, *quam paterfamilias rebus suis ex bona fide praebere debet. Fr.* 7. §. 2. *D. eod.* S. o. S. 26. *C.* 7. *C.* 5. 51. (*arbitr. tutel.*) *C.* 2. *C. eod.* S. o. S. 67. Not. 1.

(2) *C.* 7. *C.* 5. 51. (*arbitr. tutel*)

(3) Qui pro tutore negotia gerit, *eandem fidem*, *ac diligentiam praestat*, quam tutor praestaret. *Fr.* 4. *D.* 27. 5. (*de eo, qui pro tutor.*) Anders ist das Verhältniß desjenigen, der für den Tutor die Geschäfte des Pupillen besorgte. Dieser ist wahrer *negotiorum gestor. fr.* 53. §. 3. *D.* 47. 2. (*de furtis*)

prästirt der Socius dolus und culpa [1]: nach andern ist er nur zur Aufwendung des Fleißes verbunden, den er in dem Seinigen anzuwenden pflegt [2]. Eine Verbindung derselben enhält den strengsten Beweis des hier behaupteten Satzes.

4.) Ganz eben so werden mehrere Mitberechtigte beurtheilt. Daher prästirt der Miterbe, der Collegatar [3] und der Erbe bey einem *fideicommissum hereditatis* [4], oder *lega-*

(1) Z. B. *Fr.* 5. §. 2. *D.* 13. 6. (*Commod.*) S. o. S. 45. *fr.* 23. *D.* 50. 17. (*de R. J.*) S o S. 137.

(2) *Fr.* 72. D. 17. 2. (*pro socio*) S. o. S. 67. Not. 1. S. 68. Not. 1. §. 9 *Inst.* 3. 25. (26.) (*de Societate*) Hier muß ich einen Irrthum, den ich mir oben habe zu Schulden kommen lassen, berichtigen Die Meinung Giffens (S. o. S. 36. Not. 1.) ist ihm nicht so eigen, wie ich dies glaubte. Auch J. Godefroi und mehrere andere vertheidigen dieselbe.

(3) *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres:* quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. *Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem, causam habuit gerendi:* et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit *talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.* Eadem sunt, si duobus res legata sit .... *Fr.* 25. §. 16. *D.* 10. 2. (*fam. hercis.*)

(4) *Fr.* 22. §. 3. *D.* 36. 1. (*ad SCtum. Treb.*) S. o. S. 38.

tum partitionis nur dolus, culpa, et quanta in suis rebus diligentia.

§. 26.

Die Anwendung der bisher vorgetragenen Grundsätze kann vorzüglich auf zweyerley Weise verhindert werden: durch Vertrag, und was diesem gleich steht, durch ein Testament, und dann durch mora. Die Veränderungen, die durch erstere entstehen können, sind in diesem, die durch letztere in dem folgenden Paragraphen zu untersuchen.

Hier sind zwey Fälle möglich: es kann nemlich

1.) ein wahrer Vertrag abgeschlossen; und

2.) Handlungen vorgenommen worden seyn, woraus sich ein solcher folgern läßt.

Im ersten Falle gilt die Regel, daß die Partheyen hier alles nach ihrer Willkühr ändern können, insofern ihre Bestimmungen nicht mit der Natur eines negotium bonae fidei im Widerspruche stehen; d. i. insofern nicht ausdrücklich erlaubt worden ist, dolos zu handeln. Stillschweigend kann sogar auch dieses erlaubt

werden ([1]). Dasselbe gilt von der Veränderung der Verbindlichkeit durch ein Testament: nur muß natürlich hier das Verhältniß so seyn, daß es in der Macht des Erblassers steht, diese Verminderung oder Schärfung zu verordnen ([2]). — Die einzige Ausnahme hiervon hat in Rücksicht der dos statt, bey welcher die Verbindlichkeit zur Prästation der culpa auf keine Weise nachgelassen werden kann ([3]).

(1) *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur*, quamvis, si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur ne de dolo agat: quod pactum proderit. *Fr.* 27. §. 3. *D.* 2 14. (*de pactis*) *fr.* 23. *D.* 50. 17. (*de R. J.*) S. o. S. 137. *fr.* 5. §. 10. *fr.* 17. *D.* 13. 6. (*Commod.*) *fr.* 1. §. 7. 10. *D.* 16. 3. (*depos.*) *fr.* 6. §. *ult. D.* 19. 1. (*de act E. V*) *fr.* 7. §. 16. *D.* 2. 14. *fr.* 14. §. 9. *D.* 21. 1. (*de aed. edict.*) *fr.* 36. *D.* 45. 1. (*de V. O.*)

(2) Quid ergo, si ita scriptum sit? *Peto post mortem tuam restituas hereditatem, ita ne satis fideicommissi petatur, neve ratio exigatur.* Sine dubio per hujusmodi verba non interponendae quidem cautionis conditio videbitur adscripta, rationi vero non exigendae modus adhibitus, scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intelligatur id que in ejus persona, qui negotia gessit, cuique rationis reddendae necessitas fuerat testamento remissa, rescriptum est. *Fr.* 72. §. 3. *D.* 35. 1. (*de cond. et dem.*) *fr.* 5. §. 7. D. 26. 7. (*de admin. et per. tut.*) *fr.* 119. *D.* 30. (*de Leg. I.*)

(3) Pomponius ait, maritum non posse pacisci, *ut dolum solummodo in dotem praestet:* videlicet propter utilita-

Im zweyten Falle muß alles aus den Umständen geschlossen werden. Die hierher gehörigen Handlungen können nur die Verbindlichkeit erhöhen: ihrer sind vorzüglich zwey:

a. Das Aufdringen zu dem Geschäfte. In diesem liegt das Versprechen des höchsten Fleißes: und daher ist sowohl der Depositar ([1]),

tem nubentium. Quamvis pacisci possit, *ne sit periculo ejus nomen debitoris, qui ei dotem promisit.* Nam et *ut sit dos periculo mulieris* pacisci eum posse probat, et per contrarium *ut ea dos, quae periculo mulieris est, sit periculo mariti. Fr* 6 D. 23. 4. (*de pactis dotal.*) Diese Stelle enthält keinen Widerspruch mit der im vorhergehenden §. vorgetragenen Regel, da in allen Fällen, wo im Grunde Geld gegeben ist, die Sachen auf der Gefahr des Mannes stehen müßen: dies ist nun hier bey der res aestimata, und bey Schuldscheinen immer der Fall: daher sagt diese Stelle im Grunde, daß die Verbindlichkeit des Mannes nie durch Vertrag gemildert werden könne, wenn sie nicht vorher aus einem andern Grunde erhöht worden war.

(1) Saepe evenit, ut res deposita, vel nummi periculo sint ejus, apud quem deponuntur. Utputa si hoc nominatim convenit. *Sed et si se quis deposito obtulit, idem Julianus scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam, et custodiam praestet: non tamen casus fortuitos. Fr.* 1. §. 35. *D.* 16. 3. (*depos.*)

als der Tutor ([1]), wenn sie sich aufdringen, zur *diligentia* und *custodia* verbunden.

Hierin liegt auch noch ein anderer Grund, warum der *negotiorum gestor* zur Anwendung des höchsten Fleises verbunden ist. (§. 24.)

Die Verschiedenheit dieses Satzes mit der zweyten der oben vorgetragenen Regeln liegt darin, daß hier dasjenige noch ein besonderes factum voraussetzt, was dort schon in der Natur des Geschäfts lag. — Merkwürdig ist es, daß in allen diesen Fällen derjenige, welcher sich aufgedrungen hat, die actio furti im Falle eines Diebstahls nicht anstellen kann ([2]), obschon es sein Interesse forderte, daß die Sache nicht gestohlen worden

(1) *Fr.* 53. §. 3. *D.* 47. 2. (*de furtis*).

(2) *Qui alienis negotiis gerendis se obtulit, actionem furti non habet, licet culpa ejus res perierit. Sed actione negotiorum gestorum ita damnandus est, si dominus actione ei cedat. Eadem sunt in eo qui pro tutore negotia gerit:* vel in eo tutore, qui diligentiam praestare debeat: veluti qui ex pluribus tutoribus testamento datis, oblata satisdatione solus administrationem suscepit *Fr.* 53. §. 3. *D.* 47. 2. (*de furtis*)

sey, da er zur custodia verpflichtet ist. Hier ist also die erste Ausnahme des oben (S. 73. Not. 3.) vorgetragenen Satzes.

b. Die *aestimatio*. Ueber die Würkung dieser haben wir gar keine allgemeine Bestimmungen: das einzige, was sich sagen läßt, ist das, daß sie, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht worden, die Verbindlichkeit zur Aufwendung des Fleißes erhöht. So enthält sie bey der dos einen Verkauf ([1]), und bewürkt bey dieser, so wie bey der *locatio conductio* ([2]), dem Commoda-

(1) *Fr.* 10. *pr. D.* 23. 3. (*de Jur. Dot.*) *Plerumque interest viri, res non esse aestimatas, idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat:* maxime si animalia in dotem acceperit, vel vestem, qua mulier utitur. Eveniet enim, si aestimata sint, et ea mulier adtrivit, ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet. *Quotiens igitur non aestimatae res in dotem dantur, et meliores, et deteriores mulieri fiunt.* §. 4. Si ante matrimonium aestimatae res dotales sunt, haec aestimatio quasi sub conditione est. Namque hanc habet conditionem, *si matrimonium fuerit secutum, secutis igitur nuptiis, aestimatio rerum perficitur, et fit vera venditio. Fr* 12. §. 1. *D. eod. C.* 5 10. *C.* 5. 12 (*de jur. dot.*) *C. un.* §. 9. *C.* 5. 13. (*de rei uxor. act.*)

(2) Paulus respondit: servus, *qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum* colonae pertinebit. *Et ideo aestimationem hujus defuncti*

te(1) und in andern Verhältnissen, wo diligentia prästirt wird (2) die Verbindlichkeit für den casus zu haften: bey der Societät hingegen erzeugt sie nur die zur custodia (3).

Dasselbe, was ich hier aus der Verbindung der Folgen, die sie bey mehreren Geschäften hervorbringt, gefolgert habe; lehrt Harmenopulus ausdrücklich, dessen Worte ich aus Fabers Commentar, und nach seiner Uebersetzung, da ich das Werk nicht selbst bey der Hand habe, hierher setze: „Semper aestimatio“ sagt er, „naturam contractus auget, ita, ut si „ex natura contractus exacta diligentia praesta-„tur, adjiciat rerum fortuitarum periculum.“

§. 27.

Der zweyte Grund, wodurch Veränderungen in der gewöhnlichen Verbindlichkeit zur Prästation der

ab herede colonae praestari oportere. *Fr.* 54. §. 2. *D.* 19. 2. (*locat.*)

(1) .. Si forte res aestimata data sit, *omne periculum* praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit. *Fr.* 5. §. 3. *D.* 13. 6. (*Commod.*)

(2) *Aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit. Aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit.* *Fr.* 1. §. 1. *D.* 19. 3. (*de aestim. act.*)

(3) *Fr.* 52. §. 3. *D.* 17. 2. (*pro socio.*) S. o. S. 76.

culpa entstehen können, ist die mora. — Da auch sie gewissermaßen zur culpa gehört, so wird eine kurze Darstellung derselben (eine weitläufige Erörterung ist natürlich dem Plane dieser Abhandlung nach ausgeschlossen) als Einleitung der hierher gehörigen Bestimmungen, hier an ihrem Orte seyn.

Durch jede widerrechtliche Verzögerung der Erfüllung einer obligatio entsteht mora von Seiten des debitor, durch widerrechtliche Verweigerung der Annahme, von Seiten des creditor (1). Die Beantwortung der Frage, ob jene würklich widerrechtlich sey? ist sehr schwierig, und hängt viel von den Umständen ab (2): im Allgemeinen lassen sich folgende Regeln darüber aufstellen.

(1) Sciendum est, *non omne, quod, differendi causa, optima ratione fiat, morae adnumerandum.* Quid enim, si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fidejussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur. *Fr.* 21. *D.* 22. 1. (*de usuris.*)

(2) Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco, non solverit: quod apud judicem examinabitur. *Nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistolarum scripsit, difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione*

Mora kann von Seiten des debitor, (denn in Rücksicht des creditor bedarf die Sache keiner Erörterung) auf zweyerley Weise entstehen:

1. Durch widerrechtlichen Besitz: vorzüglich also durch Diebstahl, Raub und dejectio (1). — Zu dem ersten gehören natürlich alle die Fälle, wo der Verwalter eines fremden Besitzes dolos an der Sache handelt (2) nicht aber das furtum usus:

ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti, quam juris. Fr. 32. *pr. D* 22. 1. (*de usuris.*) *fr.* 135. §. 2. *D.* 45. 1. (*de V. O.*)

(1) ... *Semper enim moram fur facere videtur fr.* 8. §. 1. *D.* 13. 1. (*de cond. furt.*) ... Videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere. *Fr.* 20. *D. eod.* .... Quia ex ipso tempore delicti plusquam frustrator debitor constitutus est. *Fr.* 19. *D.* 43. 16. (*de vi*) *fr.* 1 §. 34. 35. *fr.* 16 *D. eod. C.* 7. *C.* 4. 7. (*de cond. ob turp. caus.*)

(2) Is autem apud quem res deposita est, videamus *an habeat furti actionem. Et cum dolum dumtaxat praestet*, merito placet *non habere* eum furti actionem. *Quid enim ejus interest, si dolo careat? quod si dolo fecit, jam quidem periculum ipsius est, sed non debet ex dolo suo furti quaerere actionem.* Julianus quoque libro vicesimosecundo digestorum scribit: Quia in omnium furum persona constitutum est, ne ejus rei nomine furti

da in jenem Falle Veränderung in dem Besitze entsteht, nicht aber in diesem: aus diesem Grunde wird auch letzteres als reine culpa behandelt. (1) In allen diesen Fällen ist es die illegale Handlung selbst, die jede Verzögerung widerrechtlich machte (mora ex re) (2); da diese nun in jedem Augenblicke vorhanden ist, so wird also in jedem Augenblicke eine neue mora begründet. Diese Bemerkung ist für die Anwendung selbst sehr wichtig (3); da sich die Aestimation, wenn die

agere possint, cujus ipsi fures sunt, non habebit furti actionem is apud quem res deposita est: *quamvis periculo ejus esse res coeperit, qui eam contrectavit.* *Fr.* 14. §. 3. 4. *D.* 47. 2. (*de furtis*) *fr.* 1. §. 25. *D.* 16. 3. (*depos.*) *fr.* 16. *D.* 13. 1. (*de cond. furt.*) Hier finden wir eine neue Bestätigung der oben (§. 6.) von mir behaupteten Bedeutung von dolus. Hierüber sind auch noch zu vergleichen: *fr.* 50. §. 4. *D.* 47. 2. (*de furt.*) *fr.* 13. *D.* 16. 3. (*depos.*)

(1) *Fr.* 18. *pr.* *D.* 13. 6. (*commod.*) S. o. S. 42.

(2) Einige andere Fälle der mora ex re sind enthalten in: *C.* 3. C. 2. 41. (*in quibus causis R. i. i. neces. non est.*) *Fr.* 1. §. 3. *fr.* 23. §. 1. *D.* 22. 1. (*de usuris*) *fr.* 26. §. 1. *D.* 40. 4. (*de fideicom. lib.*)

(3) Infans apud furem adolevit, tam adolescentis furtum fecit ille quam infantis, et unum tamen furtum est, ideoque dupli tenetur, *quanti unquam apud eum plurimi fuit....* Nec dubitaverim, quin ado-

Sache zu Grunde gegangen ist, nach dem tempus morae richtet.

2. Durch ungegründete Weigerung (1) zu der durch Vertrag oder Mahnen bestimmten Zeit (2) zu zahlen. Eine solche Weigerung kann nun auch in der Einlassung auf eine Klage liegen. Hier

lescentis potius, quam infantis, aestimationem fieri oporteret. Et quid tam ridiculum est, quam meliorem furis conditionem esse propter continuationem furti existimare? *Fr.* 67. §. 2. *D.* 47. 2. (*de furtis.*) *fr.* 8. §. 1. *fr.* 20. *D.* 13. 1. (*de cond. furt.*) *C.* 7. *C.* 4. 7. (*de cond. ob turp. caus.*)

(1) *Fr.* 5. *D.* 12. 1. (*de reb. cred.*) Dieser Gründe zählt man gewöhnlich drey: 1.) Wenn gar keine Klage angestellt, oder diese durch eine Exzeption elidirt werden kann. *Fr.* 88. *D.* 50. 17. (*de R. J.*) *fr.* 40. *D.* 12. 1. (*de reb. cred.*) *fr.* 49. §. 3. *fr.* 127. *D.* 45. 1. (*de V. O.*) *fr.* 32. *D.* 22. 1. (*de usuris*) 2.) Unwissenheit, daß man schuldig, oder daß man dem Interpellirenden schuldig sey. *Fr.* 5. *D.* 12. 1. (*de reb. cred.*) *fr.* 42. *D.* 50. 17. (*de R. J.*) *fr.* 12. 13. 14. *D.* 16. 3. (*depos.*) 3.) Mangel an Zeugen, die man der Sicherheit wegen zuziehen wollte. *Fr.* 21. *D.* 22. 1. (*de usuris.*) Doch muß es wohl ganz von den Umständen abhängen, ob die hier angegebene, und ob auch andere Gründe zugelassen werden können *Fr.* 32. *D.* 22. 1. (*de usuris*).

(2) *Fr.* 59. 135. *pr.* *D.* 45. 1. (*de V. O.*) *Fr.* 23. *D.* 44. 7. (*de O. et A.*)

ist es besonders wichtig die verschiednen judicia der Römer zu unterscheiden.

Bey judiciis stricti juris entstand in dem Augenblicke der Litiscontestation mora: (1) theils weil es hier auf die Umstände weniger ankam, theils weil ohnedem die Sache gewöhnlich klar war. Dies beweist sich nicht allein aus den in der Note angeführten Stellen, sondern auch daraus, daß die Aestimation sich in diesen Judicien nach der Zeit der Litiscontestation richtete (2).

(1) ... Hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere. *Fr.* 82. § 1. *D.* 45. 1. (*de Verb. Obl.*) Quemadmodum quod ex stipulatu, vel ex testamento dari oporteat post judicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo ejus, apud quem depositum fuerit, est, si judicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit. *Fr.* 12. §. 3. *D* 16. 3. (*depos.*) Diese Vergleichung rechtfertigt sich dadurch, daß, wie aus den folgenden Stellen erhellt, hier der Deponens gegen den Depositar selbst als klagend vorausgesetzt wird: dieser also temere litigirt. *Fr.* 22. *D.* 12. 1. (*de reb cred.*) *fr.* 37. *D.* 17. 1. (*mand.*)

(2) In hac actione, sicut in ceteris bonae fidei judiciis, . . . rei judicandae tempus, quanti res sit, observatur: quamvis in strictis litis contestatae tempus spectetur. *Fr.* 3. §. 2. *D.* 13. 6. (*commod.*)

Bey den bonae fidei judiciis entsteht sie hingegen durch diese nur dann, wenn temere litigirt wird, aber auch in diesen enthält sie eine Novation, und bewürkt die Verbindlichkeit zur Prästation der diligentia (1); also auch die für den casuellen Schaden zu haften, der durch den Prozeß entstanden ist. (S. o. S. 42.)

Bis hierher waren, so viel wir wissen, alle Juristen einverstanden: dagegen war bey den actionibus

(1) Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere. *Fr.* 63. *D.* 50. 17. (*de R. J.*) Sive autem cum ipso, apud quem deposita est, actum fuerit, sive cum herede ejus, et sua natura res ante rem judicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus, et Cassius, absolvi debere eum, cum quo actum est, dixerunt: quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori. *Fr.* 14 §. 1. *D.* 16. 3. (*depos.*) Der scheinbare Widerspruch dieser Stelle mit dem *Fr.* 12. §. 3. *D. eod.* hebt sich sehr leicht. In dem pr. unserer Stelle ist von den Erben des Deponens die Rede; diese sind es also auch, die hier klagen. Der Fall ist also ein ganz anderer, der nothwendig verschieden beurtheilt werden muß; denn: Si quis inficiatus sit non adversus dominum: sed quod eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret: aut ejus, qui deposuisset, heredem: nihil dolo malo fecit, postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit: quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult. *Fr.* 13. *pr. D. eod.*

arbitrariis in rem (bey denen in personam war dies anders, da hier nothwendig immer mala fides vorhanden ist(1)) Streit. Prokulus nahm immer, Cassius nie mora zur Zeit der Litiscontestation an. Paulus schlug zu ihrer Vereinigung einen Mittelweg vor: dieser billigte die Meinung des ersten in Hinsicht auf den malae fidei possessor; die des letzten bey demjenigen, der in bona fide ist (2). Inwiefern auch wir diesen Vorschlag annehmen können, ist sehr zweifelhaft, da wir noch Fragmente aus den Schriften seines Zeitgenossen Ulpian (3) in unsern Pandekten haben,

(1) *Fr.* 14. §. 11. *D.* 4. 2. (*quod metus*).

(2) Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est: *ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas:* interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis: *quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere. Fr.* 40. *pr. D.* 5. 3. (*de hered. pet.*) *fr.* 12. §. 4. *D.* 10. 4. (*ad exhib.*) *fr.* 16. *D.* 6. 1. (*de R. V.*) Gönner Hdbch des Prozeß. *II.* 31.

(3) Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo, et *culpa pos-*

welcher die Meinung des Prokulus vertheidigte. So viel ist gewiß, daß auch hier immer die Verbindlichkeit zur custodia entsteht (1).

Die einmal entstandene mora hört durch die ausdrückliche, oder stillschweigende Einwilligung beyder Theile (2), und durch die Bereitwilligkeit des Moro-

essoris: pretium non esse praestandum plerique ajunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, *moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.* *Fr.* 15. §. 3. *D.* 6. 1. (*de R. V.*) *fr.* 25. *D.* 5. 3. (*de hered. pet.*) ea naufragio perempta est. *Fr.* 36. §. 1. *D.* 6. 1. (*de R. V.*) Mit dem servus fugitivus stehen natürlich alle andere Sachen gleich: da bey diesem nur die Verbindlichkeit zur custodia vorhanden seyn kann. *Fr.* 23. *D.* 50. 17. (*de R. J.*) *fr.* 5. §. 6. *D.* 13. 6. (*commod.*) u. a. m.

(1) *Qui in rem convenitur, etiam culpae nomine condemnatur. Culpae autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit: et qui servum a se petitum, in harena esse concessit, et is mortuus sit: sed et qui fugitivum a se petitum non custodit, si is fugit:* et qui navem à se petitam, adverso tempore navigatum misit, si

(2) Parvi refert ad tollendam condictionem *offeratur servus furtivus, an in aliud nomen, aliumque statum obligationis transferatur,* nec me movet, praesens homo fuerit, necne, *cum mora, quae eveniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.* *Fr.* 17. *D.* 13. 1. (*de cond. furtiv.*) *fr.* 32. §. 1. *D.* 22. 1. (*de usur.*) *fr.* 29. §. 1. *D.* 45.

sen seiner Verbindlichkeit gehörig Genüge zu thun wieder auf (1). Weigert in letztem Falle der Creditor die Annahme, so kömmt er in mora (2): doch verliehrt er hier nicht die Rechte, die er durch die frühere mora erworben hatte (3).

1. (*de V. O.*) Gewissermassen enthält bey persönlichen Klagen die durch die res judicata entstandene novatio eine purgatio morae: denn von da bis zu dem Zahlungstermine wird nur für omnis culpa gehaftet.

(1) . . . Si vero moratus sit tantum, haesitatur, an si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora? *et Celsus adolescens scribit eum qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose*, inquit, *erratur, et sane probabilis haec sententia est; quam quidem et Julianus sequitur*, nam dum quaeritur de damno, et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur? *Fr.* 91. §. 3. *D.* 45. 1. (*de V. O.*) *fr.* 73. §. 2. *D. eod. fr.* 8. *pr. D.* 13. 1. (*de cond. furt.*) *C.* 9. *C.* 6. 1. (*de furtis*) *fr.* 72. *D.* 46. 3. (*de solut.*)

(2) . . . . Sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit, quid enim, si interpellavero venditorem, et non dederit id, quod emeram, deinde, posteriore offerente illo, ego non acceperim? sane hoc casu nocere mihi deberet . . . *Fr.* 17. *D.* 18 6. (*de per. et com. rei vend.*)

(3) *Fr.* 84. *D.* 45. 1. (*de V. O.*) *fr.* 23. *pr. D.* 4. 8. (*de recept. et qui arb.*) *fr.* 23. *D.* 44. 7. (*de O. et A.*) *fr.* 65. *D.* 47. 2. (*de furtis*)

Hier entsteht die Frage, ob die Wiedereinlösung einer jemand anvertrauten, von diesem aber dolos veräusserten Sache eine oblatio enthalte? Diese ist von verschiednen Juristen verschieden beantwortet worden: nach der Meinung von Prokulus und Paulus, die Justinian durch die Aufnahme zu der seinigen macht, ist sie zu bejahen.

Fr. 4. §. 10. *D.* 41. 3. (*de usurp. et usucap.*) (*Paulus lib.* 54. *ad Edictum.*)

Item Labeo, si rem, *quam apud te deposueram, lucrifaciendi causa vendideris: deinde ex poenitentia redemeris, et eodem statu habeas,* sive ignorante me, sive sciente, ea gesta sint, *videri in potestatem meam redisse secundum Proculi sententiam, quae et vera est.*

Doch tritt hier das Sonderbare ein, daß derjenige, der vorher nur für dolus und culpa lata haftete, nun auch zur diligentia und custodia verbunden ist, wenn er gleich seine mora purgirt hat:

Fr. 1. §. 25. *D.* 16. 3. (*depositi.*)

Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti in causam depositi: etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi: quia semel dolo fecisti, cum venderes (1).

Würkungen der mora sind, ausser der Verbindlichkeit zur Zinszahlung bey bonae fidei Geschäften (2) vorzüglich zwey, die uns besonders hier angehen.

Die erste ist, daß der Morose unbedingt, auch für den casus haftet; weil es doch möglich gewesen wäre, daß der andere die Sache verkauft, und also keinen Schaden gelitten hätte (3): die zweyte, daß durch

(1) *Fr.* 14. §. 3. 4. *D.* 47. 2. (*de furtis*) S. o. S. 178. N. 2. Auch in diesem Falle hat der Depositar keine actio furti: hier ist also die zweyte Ausnahme der oben Seite 73. Not. 3. vorgetragenen Regel. War der Verwalter des fremden Besitzes nach dem Civilrechte zur Prästation keiner culpa verbunden; so hat diese Ausnahme nicht statt. *Fr.* 14. §. 11. *D.* 47. 2. (*de furtis*)

(2) *Fr.* 3. *pr. fr.* 32. §. 2. *fr.* 34. *D.* 22. 1. (*de usuris*) *fr.* 87. 1. *D.* 31. (*de legat. II.*)

(3) ... Si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique ae-

die mora des einen Theils die Verbindlichkeit des andern zur Prästation der culpa vermindert wird: dieser ist nämlich, wenn er vorher für culpa, und diligentia haftete, nur noch für dolus, und culpa lata verbunden:

Fr. 17. *D.* 18. 6. (*de per. et com. rei vend.*)

Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, jam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quod si per venditorem, et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit (1) emptori potius nocere, quam ven-

stimationem non deberi: quod ita verum est, *si non post moram factam id evenerit: potuit enim legatarius acceptum eum vendere.* *Fr.* 47. §. 6. *D.* 30. (*de leg. I.*) *fr.* 108. §. 11. *D. eod. fr.* 23. 82. §. 1. *D.* 45. 1. (*de V. O.*) *fr.* 21. *pr. fr.* 23. *D.* 13. 5. (*de const. pec.*) *fr.* 1. §. 34. 35. *D.* 43. 16. (*de vi*) *fr.* 30. §. 1. *D.* 12. 2. (*de jurejur.*) *fr.* 5. §. 4. *D.* 12. 3. (*de in lit. jur.*) *C.* 7. *c.* 4. 7. (*de cond. ob turp.*) C. 9. C. 6. 1. (*de furtis*) *fr.* 15. §. 3. *D.* 6. 1. (*de R. V.*) *fr.* 14. §. 11. *D.* 4. 2. (*quod metus*) *fr.* 46. 50. *D.* 47. 2. (*de furtis*) *fr.* 17. *D.* 13. 1. (*de cond. furt.*)

(1) Hierdurch ist also auch eine Stelle des Labeo nothwendig als aufgehoben zu betrachten: *Fr.* 51. *pr. D.* 19.

ditori, moram adhibitam. Sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit....

Fr. 9. D. 24. 3. (soluto matrimonio)

Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam, maritus praestare debet: ne facto mulieris, in perpetuum, agrum ejus colere cogatur.... (1)

Daher erklärt es sich denn auch, warum der missus in possessionem nur den dolus und die culpa lata prästirt; sobald die contumacia des andern oder sein Unvermögen zu zahlen den Grund der missio enthält. (2) Ganz dieselbe Verbindlichkeit, wie die Gläu-

1. (*de act. E. V.*) (*Labeo lib. 5. Posteriorum a Javoleno Epitomotorum*). Si et per emptorem, et venditorem mora fuisset, quo minus vinum praeberetur, et traderetur, perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset, non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse, ipso moram faciente emptore.

(1) *Fr. 72. pr. D. 46. 3.* (*de solution.*)

(2) Est praeterea quaesitum: si deteriora praedia facta

biger selbst haben, muß in Rücksicht des Cridar dem curator bonorum aufliegen, da dieser nun an die Stelle der Gläubiger tritt.

fuerint *sine dolo malo creditoris*, vel jura eorum amissa, vel aedificia diruta, vel exusta: item familiae pecorumque acta cura non sit, aut possessio alii tradita, *sine dolo tamen malo: an teneatur? et apparet eum non teneri: quia dolo malo caret, eritque melior ejus conditio, quam in pignore creditoris, qui non tantum dolum malum, verum culpam quoque debet. Eadem causa est curatoris bonorum, nam et is tenetur, ut creditores. Fr.* 9. §. 5. D. 42. 5. (*de reb. auct. jud. poss.*) *Fr.* 8. §. 3. D. *eod.*

Vierter Abschnitt.

Obligatio quasi ex delicto.

§. 28.

Durch das Bisherige glaube ich die Theorie der culpa vollständig erörtert: es sind nun hier noch einige Fälle zu untersuchen, wo im Grunde keine culpa vorhanden ist, die aber doch so nach dem Edikte behandelt werden, als wenn würklich culpa vorhanden wäre.

Die hierher gehörigen Fälle sind theils solche, wo aus Mangel eines bestehenden Geschäfts keine Verbindlichkeit zu Handlungen vorhanden ist, dieselbe aber

doch wegen der Verbindung, worin die Partheyen stehen, angenommen wird: — theils solche, wo der Prätor aus Polizey-Rücksichten bey einer würklich vorhandenen culpa gegen jemand eine Klage gestattet, ohne Rücksicht, ob derselbe sich derselben schuldig gemacht hat oder ein anderer.

Die Fälle der ersten Art kommen alle darin überein, daß bey ihnen nur dolus, und culpa lata prästirt wird, weil es doch unbillig wäre jemanden, der nach dem Civilrechte nie verbunden ist, eine größere Verbindlichkeit aufzulegen.

Dies ist der Fall:

1. Bey dem *precario accipiens*. Das Precarium ist nicht sowohl ein Geschäft, als eine Art von Geschenk: (1) der einzige Unterschied zwischen beyden ist der, daß hier nur der Gebrauch verliehen

(1) Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset. *Magis enim ad donationes, et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii conditio.* *Fr.* 14. *D.* 43. 26. (*de precar.*) Et distat a donatione eo quod qui donat, sic dat ne recipiat: *at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere.* *Fr.* 1. §. 2. *D.* *eod.*

ist, da bey diesem das Eigenthum der Sache übertragen wird. Aus diesem Grunde würde bey demselben gar keine Verbindlichkeit zur Vornahme von Handlungen vorhanden seyn, und der entstandene Schaden allein durch die actio Legis Aquiliae verfolgt werden können; wenn nicht dem Eigenthümer durch den Prätor geholfen worden wäre, welcher den rogans zur Prästation von dolus, und culpa lata verbindlich (1) erklärt. Daß bey diesen Umständen der rogans nicht auch culpa, und diligentia prästirt, obschon das precarium nur zu seinem Vortheile ist, finde ich sehr natürlich. Sonderbar ist es, daß man gewöhnlich den Grund hiervon in der Möglichkeit zu revoziren sucht; da doch diese allein eine Folge von der hier gegebenen Erklärung

(1) *Eum quoque precario teneri voluit Praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret.* Illud adnotatur, *quod culpam non praestat* is qui precario rogavit, *sed solum dolum praestat:* quamquam is qui commodatum suscepit, non tantum dolum sed etiam culpam praestat: *nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit: cum totum hoc ex liberalitate descendat ejus qui precario concessit, et satis sit, si dolus tantum praestetur. Culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit? fr.* 8. §. 3. *D.* 43. 26. (*de precar.*) *fr.* 8. §. 6. *D. eod. fr.* 23. *D.* 50. 17. (*de R. J.*)

ist. — Nach Anstellung des Interdikts kommt der rogans in mora, und hat also nothwendig dieselbe Verbindlichkeit auf sich, wie jeder Marose. (1)

2. Bey dem *agrimensor*, und denjenigen, die ihm gleichgesetzt sind (2). Auch hier ist nach der Ansicht der Römer kein wahres Geschäft vorhanden; sondern nur eine Gefälligkeit dieser Personen: sie können also auch nur dann zur Vornahme von Handlungen verbunden seyn, wenn ihnen dies eine positive Bestimmung zur Pflicht macht. —

(1) Et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire. Plane post interdictum editum oportebit, *et dolum et culpam*, *et omnem causam venire*: *nam ubi moram quis fecit precario*, *omnem causam debebit constituere*. *Fr.* 8. §. 6. *D.* 43. 26. (*de prec.*) *fr.* 14. §. 11. *D.* 47. 2. (*de furtis*)

(2) *Fr.* 7. §. 1. 4. *D.* 11. 6. (*si mens. fals. mod.*) *Et si mensor machinarius* fefellerit, haec actio dabitur. Nec non illud quoque Pomponius dicit, etiam in eum, *qui mensor non fuit*, *fefellit tamen in modo*, competere hanc actionem. Hoc exemplo etiam adversus *architectum* actio dari debet, qui fefellit: *nam et Divus Severus adversus architectum*, *et redemptorem actiones dandas decrevit*. Ego etiam adversus *tabularium puto actiones dandas*, *qui in computatione fefellit*.

daß dieses geschehe, war hier besonders nothwendig, weil gar keine Klage existirte, wodurch der durch ihren, so leicht möglichen Betrug, entstandene Schaden hätte verfolgt werden können: aus diesem Grunde erklärte sie der Prätor zur Prästation von dolus, und culpa lata verbindlich. (1) Bey uns wird gewöhnlich eine locatio conductio, oder sonst ein anderes Geschäft mit diesen Personen abgeschlossen werden: ist dies der Fall, so ist ihre Verbindlichkeit nach den Grundsätzen, die bey diesen eintreten, zu beurtheilen.

3. Bey dem *judex*. Da dieser nur die Untersuchung über die Richtigkeit eines factum hatte,

(1) *Fr.* 1. *D.* 11. 6. (*si mens. fals. mod.*) *Adversus mensorem agrorum Praetor in factum actionem proposuit, a quo falli nos non oportet. . . . Ideo autem hanc actionem proposuit: quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse: sed magis operam beneficii loco praeberi. . . .* § 1. Haec actio *dolum malum duntaxat exigit: visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non est:* proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit: sed et si negligenter, aeque mensor securus erit. *Lata culpa plane dolo comparabitur.* Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare, propter verba edicti: utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire.

so konnte bey ihm eigentlich nie von culposen Handlungen die Rede seyn: für Unterlassungen war er aber nicht gehalten, weil nicht ein abgeschlossener Vertrag, sondern die Ernennung des Magistratus ihn zu seinem Geschäfte berief. Daher war auch hier eine besondere Bestimmung nöthig, um ihn für den dolus, und die culpa lata verbindlich zu machen (1). Dies ist es, was Gajus durch den Satz neque ex contractu, neque ex maleficio obligatus est, sagen will. Unser Richter ist sehr von dem römischen judex verschieden: nothwendig fällt also bey uns diese

(1) *Judex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur ejus vel gratia vel inimicitia, vel etiam sordes:* ut veram aestimationem litis praestare cogatur. *Fr.* 15. §. 1. *D.* 5. 1. (*de judic.*) *Si judex litem suam fecerit* (d. i. dolo, oder culpa lata gehandelt hat) *non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet* (Sollte es auch aus Unvorsichtigkeit geschehen seyn) *per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri*, et in quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur, poenam sustinebit. *Fr.* 5. §. 4. *D.* 44. 7. (*de O. et A.*) Gleichlautend hiermit sind: *Pr. J.* 4. 5. (*de obl. quae quas. ex del.*) *fr.* 6. *D.* 50. 13. (*de extraord. cogn.*) s. a. *C.* 2. *C.* 7. 49. (*de poen. jud. qui male judic.*)

Bestimmung weg: vielmehr glaube ich, daß dieser als Staatsbeamte auch diligentia anwenden muß.

4. Bey dem *argentarius*. Dieser ist mehr Mittelsperson zwischen zwey Contrahenten, als daß er selbst mit ihnen einen Vertrag abschließt: aus diesem Grunde ist er, wenn er seine rationes nicht edirt, nur dann für den entstandenen Schaden verbunden, wenn er dies dolo, oder culpa lata unterlassen hat. (1)

§. 29.

Fälle, wo bey würklich vorhandener culpa gegen einen Unschuldigen eine Klage gegeben ist, giebt es zwey.

Den ersten bildet die Verbindlichkeit des Wirthes und Schiffers für den, den bey ihnen inferirten Sachen durch ihre Leute zugefügten Schaden, und für Entwendungen derselben ebenso zu haften, als wenn sie selbst denselben zugefügt hätten (2).

(1) Ubi exigitur argentarius rationes edere, *tunc punitur*, *cum dolo malo non exhibet: sed culpam non praestabit*, *nisi dolo proximam*. Dolo malo autem non edit, et qui malitiose edidit, et qui in totum non edit. *Fr*. 8. *pr*. *D*. 2. 13. (*de edendo*.)

(2) *Item exercitor navis*, *aut cauponae aut stabuli de damno aut furto*, *quod in navi aut*

Hiermit ist die Verbindlichkeit der Wirthe und Schiffer, die custodia ([1]) zu prästiren, nicht zu verwechseln, die ihnen auch durch das Edikt, und zwar ohne Rücksicht ([2]), ob sie etwas gezahlt bekommen,

caupona aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hic actio, et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur: ideo quasi ex maleficio teneri videtur. §. 3. *J.* 4. 5. (*de obl. quae quas. ex del.*) *Fr.* 5. §. 5. *D.* 44. 7. (*de O. et A.*) Fr. 1. D. 47. 5. (*furt. adv. naut caup.*) *fr.* 6. *ult.* *D.* 4. 9. (*naut caup. stab.*) Diese Klage ist poenalis und perpetua *fr.* 7. §. *ult.* *D. eod.* also ein neuer Beweis, daß die Regel in fr. 35. D. 44. 7. nicht allgemein ist.

(1) Nauta, et caupo, et stabularius mercedem accipiunt, non pro custodia, sed nauta, ut trajiciat vectores, caupo, ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius, ut permittat jumenta apud eum stabulari: *et tamen custodiae nomine tenentur.* Nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. *Fr.* 5. *pr.* *D.* 4. 9. (*naut. caup. stab. ut rec. rest.*)

(2) ... *Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles. Nisi forte,* inquit, *ideo, ut innotesceret Praetorem curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur: at hoc edicto omnimodo, qui recepit tenetur, etiam si sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est; nisi si quid damno fatali contingit.* *Fr.* 3. §. 1. *D.* 4. 9. (*naut. caup. stab. ut rec. rest.*) *fr.* 6. *pr.* *D. eod.*

oder nicht, selbst in Hinsicht der Sachen aufgelegt ist, von welchen sie nicht wissen, daß sie inferirt worden sind ([1]), allein diese gehört gar nicht hierher: und in Rücksicht dieser ist es natürlich gleichgültig, von wem der Schaden, der durch ihre culpa entstanden ist, zugefügt worden; was in unsrem Falle ganz anders war.

Der zweyte ist, daß die Einwohner eines Hauses, oder Zimmers verbunden sind, den durch Werfen oder Gießen aus denselben zugefügten Schaden doppelt zu ersetzen, und, wenn ein freyer Mensch getödtet worden, eine Strafe von 50 aurei zu bezahlen ([2]).

(1) *Recipit autem salvum fore, utrum si in navem res missae, ei adsignatae sunt: an, et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? Et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum.* Fr. 1. §. 8. D. 4 9. (*naut. caup. stab.*)

(2) *Item is, ex cujus coenaculo, vel proprio ipsius, (vel conducto), vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret; quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi.* Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere quo casu poena decem aureorum constituta est. *De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quin-*

Gewöhnlich rechnet man als dritten Fall hierher das Aufhängen schädlicher Sachen an öffentliche Orte; allein ohne Grund: denn in diesem Falle hat die anzustellende Klage nur gegen denjenigen statt, der entweder selbst diese Sachen aufhängte, oder der sie wissentlich hangen ließ (1); also gegen die Uebertreter dieser Polizey-Verordnung selbst. Der Umstand, daß in dem Titel der Institutionen auch dieser Verordnung Erwähnung geschieht, kann nichts für die gewöhnliche Meinung beweisen; da die aus derselben entstehende obligatio dort gar nicht zu den Obligationen, quae quasi ex delicto nascuntur, gezählt wird, und sich diese zufällige Erwähnung sehr gut durch den Umstand erklärt, daß diese, und die vorige Klage einer Polizey-Verordnung (2) ihren Ursprung verdanken.

quaginta aureorum poena constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur: quantum ob eam rem aequum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis preastitas, ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operas quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis est factus. §. 1. *Inst.* 4. 5. *de Obl. quae quas. ex del.*) *fr.* 5. §. 5. *D.* 44. 7. (*de O. et A.*)

(1) *Fr.* 5. §. 6. *D.* 9. 3. (*de dej. vel. effus.*) Praetor ait: NE QUIS IN SUGGRUENDA, PROTECTOVE, SUPRA EUM LOCUM, QUA VOLGO ITER FIET, INVE QUO CONSISTETUR, ID POSITUM HABEAT, CUJUS CASUS NOCERE CUI POSSIT. . . . §. 10. *Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, vero ab alio positum, patitur.*

(2) *Fr.* 5. §. 7. *D.* 9. 3. (*de dej. vel. effus.*) *Hoc edictum superioris* (*scl.* Edicti de dejectis vel effusis) *portio est.*

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Löhr, Egid V. <<von>>,

Die Theorie der Culpa eine civilistische Abhandlung

Gießen 1806

J.rom.m. 285
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566855-6